REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY

ANALES

DE

LA UNIVERSIDAD

Año X — Tomo XII

MONTEVIDEO

IMP. « EL SIGLO ILUSTRADO », DE TURENNE, VARZI Y C.ª

23—CALLE 18 DE JULIO—23

1902

ANALES DE LA UNIVERSIDAD

AÑO X | Montevideo—1902 | TOMO XII

De la posesión

Tesis presentada por José Salgado para optar al grado de doctor en jurisprudencia

---

CAPÍTULO I

Noción de la posesión

1.—Si el ponerse de acuerdo sobre el significado de los nombres facilita el estudio de toda ciencia, y si es útil el señalar ideas distintas con nombres también distintos, esa tarea resulta indispensable al ocuparse en esta materia cuya dificultad, según un autor distinguido, «es célebre y por decirlo así proverbial.» Empezaremos, pues, por indicar el sentido de las palabras técnicas empleadas en el curso de este capítulo. A diferencia de lo que sucedía en Roma donde la palabra posesión era aplicable tanto á la posesión civil como á la natural, nosotros, siguiendo las ideas de Yhering, llamaremos á la posesión natural detención, y á la posesión civil, *posesión.* Dividiremos la detención en *absoluta y relativa.* Detención absoluta cuando la relación de detención indica que no hay posesión alguna. Ejemplo: la detención de las cosas fuera del comercio. Detención relativa cuando no se niega la existencia de la posesión, sino que se afirma solamente que ella no está en poder del detentador. También distinguiremos la detención en *detención por procuración* y en *detención interesada.* Detención por procuración cuando el que tiene la cosa la detiene sólo en interés del poseedor, como por ejemplo el mandatario; y detención interesada cuando la tiene en interés propio, como el comodatario y el locatario.

Para indicar la relación del detentador y del poseedor con la cosa, usaremos la expresión aceptada de *relación posesoria.* Para distinguir el detentador de aquel á nombre del cual posee, llamaremos al segundo, como Yhering, *dominus possessionis.* Cuando se trate de indicar la voluntad de poseer del poseedor, emplearemos los términos *animus domini,* en el mismo sentido que Savigny.

Por último, indicaremos con los términos de *relación posesoria derivada,* no solamente los casos de posesión derivada de Savigny, sino

también todos aquellos en los que, abandonándose momentáneamente una cosa á otro, el derecho romano admitía en unos la posesión, y en otros la detención.

2.—No están de acuerdo los tratadistas sobre el origen de la palabra posesión. Mientras unos, como Boissonade, quieren derivarla de «*sedere*», *sentarse*, para indicar que el poseedor se fija, se establece sobre la cosa, otros, como Belime y Manresa, la sacan de «*posse*», *poder*, indicando así que el poseedor tiene el poder de obrar sobre la cosa poseída Nos parece más razonable esta segunda opinión, desde que, como dice uno de los autores citados, el hombre posee cuando *puede* gozar de una cosa exclusivamente y á voluntad.

3.—Para introducir algún orden en las definiciones de la posesión, las dividiremos en dos categorías: definiciones que parten de la idea del *animus domini* como característico de la posesión, y definiciones que, separándose de la doctrina de Savigny, no exigen ese requisito para su existencia.

Entre las primeras recordaremos algunas de las más importantes.

El jurisconsulto Paulo define así la posesión: «*Possessio appellata « est á sedibus qua si positio, quia naturaliter tenetur ab er qui ei in« sistit quam Greæci Katochen appellant.*»

Savigny dice que se está en posesión de una cosa cuando se tiene la facultad, no sólo de disponer de ella físicamente, sino también de defenderla contra toda acción extraña.

El Código Francés, en su artículo 2228, define la posesión diciendo que es: «la detención, ó el goce de una cosa, ó de un derecho que te« nemos ó que ejercemos por nosotros mismos ó por otro que la tiene « ó que lo ejerce en nuestro nombre.»

El Código Chileno dice que: «La posesión es la tenencia de una co« sa determinada *con ánimo de señor ó dueño*, sea que el dueño, ó el « que se da por tal, tenga la cosa por sí mismo, ó por otra persona que « la tenga en lugar y á nombre de él ».

El Código Español, en su artículo 430, define la posesión civil como la tenencia de una cosa, ó el disfrute de un derecho por una persona: «unidos á la intención de haber la cosa ó derecho como suyos.»

Baudry-Lacantinerie define la posesión como: «el ejercicio, el goce, « sea por nosotros mismos, sea por otro, del derecho real que tenemos « ó que pretendemos tener sobre una cosa.»

Boissonade en su «Projet de Codo Civil pour L'Empire du Japon» dice que: «posesión es el ejercicio de un derecho que se tiene, ó se pre« tende tener, sobre una cosa ó contra una persona.»

Nuestro Código Civil, en su artículo 621, define la posesión como «la tenencia de una cosa ó el goce de un derecho por nosotros mismos, con ánimo de dueños, ó por otro en nombre nuestro.»

En la segunda categoría de definiciones citaremos la del Código Por-

tugués que dice que la posesión es: «la retención, ó el disfrute, de cual- « quier cosa ó derecho.» Manresa y Navarro acepta esta definición como exacta.

Recordaremos también en este grupo, la definición de posesión natural del Código Español. «Posesión natural es la tenencia de una cosa, ó el disfrute de un derecho, por una persona.»

La de Yhering, el que en su obra «El fundamento de la protección posesoria» define la posesión como la: «exterioridad del derecho».

El Código Civil Alemán no define la posesión, pero tampoco requiere para su existencia el *animus domini*. Dice simplemente que la posesión de una cosa se adquiere obteniendo de hecho poder sobre la misma. Por eso lo incluímos en esta segunda categoría.

4.—Según el primer grupo de definiciones, para la existencia de la posesión se necesitan dos elementos: la detención y el ánimo de dueño, es decir, para emplear los términos consagrados: *corpus y animus domini.* Si existiera solamente el *corpus*, sin el *animus domini*, no habría posesión, sino detención. Para esta teoría, que Yhering llama *subjetiva*, la existencia de la posesión, ó de la detención, depende de la voluntad del que tiene la cosa. Tiene éste la voluntad de poseer para sí *(animus rem sibi habendi)*, ó á la manera de un propietario, *(animus domini)*, hay posesión. Tiene la voluntad de poseer para otro, hay detención. Se puede reunir esta voluntad de *poseer* la cosa por otro con la de *tenerla* para sí. El locatario y el comodatario deben *tener* pasajeramente la cosa para ellos, pueden usarla, mas de este uso es menester distinguir el *possidere*, que puede y debe quedar en manos del *dominus possessionis.* Llama esta teoría posesión derivada á aquella que comprende los casos en los que á pesar de faltar el *animus domini*, el derecho romano admitía la posesión por razones prácticas. «Lo que « hay de particular en la posesión derivada, dice Savigny, es que un « poseedor anterior transfiere su *jus possessionis* sin transferir también « la propiedad. La aprehensión es la misma que en los demás casos, « una voluntad expresa se le agrega, mas esta voluntad no debe tender sino á la adquisición del *jus possessionis.* No es tampoco posi- « ble querer considerar la cosa como suya, tener el *animus domini*, « porque el derecho de propiedad de otro se reconoce expresamente.» El mismo autor cita como ejemplos de posesión derivada la posesión del enfiteuta y la del acreedor prendario.

Por más que Savigny y otros sostenedores de esta teoría no hayan dicho nada sobre la prueba de la posesión, se desprende de los principios que exponen, que siendo el *animus domini* condición de la posesión, debe ser probado por el que se prevale de ella, á menos que la ley, por una presunción de existencia del mismo, lo haya relevado de la prueba. Pocos de los partidarios de la teoría subjetiva establecen esa presunción. El Código Francés, el Portugués y el proyecto de Boissonade la han incorporado á sus disposiciones.

5.—A esta teoría que parte de la voluntad individual considerada en cada caso, la llama Yhering teoría de la voluntad *concreta*, para distinguirla de otra manera de considerar la voluntad de poseer, que denomina el mismo autor teoría de la voluntad *abstracta*. Según esta doctrina la distinción entre posesión y detención no depende del ánimo concreto de cada individuo, de la voluntad que tiene realmente, sino del ánimo abstracto, de la voluntad que debiera tener. No importa que tal arrendatario posea, ó no, el *animus detinendi*, porque este ánimo existe en el arrendatario abstracto, en el arrendatario tipo. La ley no toma en cuenta la voluntad individual sino la voluntad abstracta.

6.—El segundo grupo de definiciones está perfectamente resumido en la teoría *objetiva* expuesta por Yhering en su obra: «Del papel de la voluntad en la posesión». Según este autor, la voluntad de poseer no interviene para distinguir la posesión de la detención. Siempre que se encuentren reunidas las dos condiciones que, en general, son requeridas para la existencia de la posesión: el *corpus* y el *animus*, hay posesión, á menos que un precepto legal no establezca, excepcionalmente, que haya sólo detención. El que sostenga la existencia de una causa de exclusión debe demostrarla. Para probar que hay posesión, basta establecer la existencia exterior de la relación posesoria (el *corpus)* el cual, como tal, implica también el *animus*. Incumbe al adversario comprobar la existencia de una causa que excluya á la posesión, por ejemplo, en materia de detención absoluta, la circunstancia de que la cosa no es susceptible de posesión, y, tratándose de detención relativa, el hecho de existir una de las *causæ detentionis*, bien conocidas en el derecho romano. En una palabra, con arreglo á la teoría que exponemos, ni el demandante tiene necesidad de sostener la existencia del *animus domini*, ni el adversario puede afirmar su no existencia.

7.—A primera vista parece que la teoría objetiva está de acuerdo con la de la voluntad abstracta en los resultados prácticos, desde que una y otra prescinden por completo, de tomar en cuenta la voluntad individual. Pero las dos se diferencian fundamentalmente desde el punto de vista de la prueba. La teoría de la voluntad abstracta, sustituye en realidad á la voluntad la *causa possessionis;* por eso la denomina Yhering, dada esa relación, *teoría de la causa*. Ahora bien; según la teoría objetiva, el poseedor no tiene que probar la causa de su posesión, ni tampoco el *animus;* el que debe demostrar que hay detención y no posesión es el adversario. A la inversa, se desprende de la teoría de la voluntad abstracta que es el poseedor el que debe probar la *causa possessionis*.

8.—Lo que sigue no es más que un resumen de la obra indicada de Yhering. Dada la importancia trascendental de la misma y la novedad de los principios que sostiene, creemos que una exposición compendiada de sus ideas fundamentales, no será del todo inútil.

Veamos, dice ese autor, cómo se construye ante nuestros ojos la teoría subjetiva, y enumeremos los materiales de que se sirve.

1.ª Demostración del *animus rem sibi habendi*, según las fuentes. Paulo niega la posesión al representante por el motivo: *Cum non habeat animum possidentis.*

La teoría subjetiva tiene, en este texto, todo lo que necesita: la regla de que es menester para la posesión, otro ánimo que para la detención. No se trata más que de distinguir entre uno y otro.

2.ª Existe para esto un punto de apoyo cierto en la relación en la cual Paulo constata la ausencia del *animus possidentis:* la del representante. El representante tiene la intención de adquirir la posesión para el representado, y no para sí. Luego, el *animus possidentis* consiste en la intención de poseer *para sí;* el que no tiene ese pensamiento no puede ser poseedor sino sólo detentador. El *animus possidentis*, según esto, puede ser calificado de *animus rem sibi habendi.*

3.ª Esta es la clave de la inteligencia de la detención. Si el representante es detentador porque le falta el *animus possidentis*, hay derecho para aplicar el mismo motivo á todos los otros casos de detención romana. Se puede sentar, pues, como regla, que el detentador no tiene el *animus possidentis.* La objeción de que el locatario y el comodatario reciben la cosa no en interés del que se la da, sino en su propio interés, carece de importancia, porque—si es exacto que quieren tener la *cosa* para ellos, esto no impide que tengan la *posesión* para los que se la entregaron. Es menester hacer una distinción entre la *cosa*, ó mejor su aplicación real á los intereses de esas personas, y la posesión, que no es requerida por los indicados intereses. La posesión no la tienen para ellos sino para el que les remitió la cosa; su situación desde este punto de vista, no es otra cosa en derecho que el *ejercicio* de la posesión de otro. La detención interesada tiene, con relación á la posesión, absolutamente el mismo carácter que la detención por procurador: es una *representación* en materia posesoria.

4.ª El carácter común de todas las relaciones de detención, consiste en que el detentador sólo quiere ocupar la cosa *pasajeramente.* Aquí se encuentra un elemento importante para fijar la distinción á hacerse de la voluntad de poseer: la dirección de esa voluntad hacia una ocupación *permanente* ó *pasajera.* El poseedor regular (abstracción hecha de los casos de posesión derivada) desea tener la cosa *de una manera permanente, para siempre.* Se puede, luego, decir que la voluntad del poseedor es detener la cosa de una manera durable, y la del detentador de una manera pasajera.

5.ª A esta distinción se une otra de la manera más estrecha. El detentador deriva su relación posesoria de otro, al cual está obligado á entregar más tarde la cosa. La detención se caracteriza, por consiguien-

te, como una *relación de dependencia jurídica.* Es cierto que el poseedor puede ser obligado, por medio de los interdictos posesorios, á entregar la cosa al propietario, ó al poseedor anterior, mas su *intención* es retenerla para sí. La posesión implica una pretensión de *autonomía*, de *independencia;* la detención contiene una confesión de *inferioridad*, de *dependencia* de la relación posesoria.

6.ª El prototipo de aquella autonomía es la propiedad. La propiedad nos sirve para definir exactamente la *voluntad* de *poseer.* Ésta tiende á la afirmación, de *hecho*, de la posición de propietario. El poseedor es aquel que, á pesar de no ser propietario, obra como tal, aquel que, aún no poseyendo la cosa en calidad de dueño, entiende tenerla como un propietario, *á la manera* de un propietario. La expresión que explica perfectamente esta voluntad es la de *animus domini*, la cual deriva de otra empleada, con ese fin, por Teófilo. Esa fórmula resuelve el problema de la voluntad de poseer y se puede resumir *como la intención de tener la cosa á la manera de un propietario, de una manera permanente, autónoma é independiente de toda tercera persona.*

7.ª Llevando esta noción de la voluntad hasta sus últimas consecuencias, se debiera admitir la detención, igualmente, en ciertos casos de posesión derivada, en los que hay también una situación *pasajera* en la cual, el que detiene la cosa, reconoce á otro como interesado á quien debe devolverla. El derecho romano admite en esos casos la posesión por una anomalía que proviene de razones históricas ó prácticas. Sin embargo, esa situación puede ser accesible al entendimiento jurídico. « Considerada como un derecho, dice Savigny, la posesión es « susceptible de ser enajenada. Luego, el poseedor originario puede « transferir el derecho de posesión á aquél que ejerce el derecho de « propiedad en su nombre ». Esta excepción á la regla sólo se admite en los casos en que las fuentes la reconozcan formalmente.

8.ª A estas proposiciones, sobre las cuales el mayor número de los partidarios de la teoría subjetiva están de acuerdo, agrega Yhering otra, que tiene mucha importancia porque saca la última consecuencia de la importancia dada á la voluntad en la formación de la relación posesoria. Esa proposición es la que dispone que, mientras el derecho no se oponga, el que tiene la cosa en su poder puede dar á la relación posesoria existente otro aspecto, cambiando su voluntad de poseer. El vendedor v. gr. que declara que en adelante quiere poseer la cosa vendida á nombre del comprador, se convierte en detentador y hace del comprador un poseedor.

Sobre estas ocho reglas ó fundamentos se apoya toda la teoría subjetiva.

9.—Haremos ahora la crítica de la misma, desde tres puntos de vista: del histórico, del práctico y del lógico. Desde el punto de vista histórico, estudiaremos las condiciones en las cuales ha podido nacer

entre los romanos la teoría subjetiva. Desde el punto de vista práctico, estudiaremos si es aplicable en la práctica la teoría subjetiva. Desde el punto de vista lógico, examinaremos si la base de la doctrina subjetiva es segura y sólida, si sus materiales están al abrigo de crítica, es decir: se hará la *crítica intrínseca* de la indicada teoría.

Empezaremos por la prueba histórica. Se desprende de la teoría subjetiva que los romanos estudiando especulativamente la voluntad de poseer, fueron llevados á percibir la necesidad teórica de la posesión y de la detención. Es decir, que admitieron ya la posesión, ya la detención, no por motivos prácticos, sino inspirados por un principio. Se preguntaron: ¿qué situación posesoria reconoceremos al ladrón y al bandido? y se respondieron: la posesión, porque los dos tienen el *animus domini*. ¿Daremos la posesión al locatario y al comodatario? No, porque no poseen el *animus domini*.

Recordemos la deducción de Paulo. El mandatario no puede ser poseedor porque no tiene el *animus possidentis*. A pesar de esto el derecho romano antiguo le concede la posesión. El mandatario adquiría la posesión y la propiedad, y era menester un acto especial de tradición para transferir una y otra al mandante. *Luego hay posesión con intención de adquirir para otro.* La idea de que la intención de poseer por otro sea la base de una *forma especial de relación posesoria*, idea fundamental de la teoría subjetiva, no se manifiesta en ninguna parte de la historia Son motivos prácticos, como veremos más adelante, los que han llevado á los romanos á distinguir la posesión de la detención.

A pesar de esto, la distinción entre la posesión y la detención es uno de los productos más salientes del poder de abstracción jurídica. Desde el punto de vista de la apreciación sensible, los arrendatarios y los locatarios aparecen como poseedores y aquéllos á nombre de quienes poseen, como no poseedores. Esta relación natural se invierte por el derecho: las personas que poseen en hecho, *no poseen*, aquéllas que en hecho no poseen, *poseen*. Semejante distinción, dice Yhering, la jurisprudencia romana la encontró hecha en una relación en la cual ya la reconocía, en *la relación posesoria de las personas bajo potestad*.

Entre la relación de detención que tiene su base en la potestad dominical, detención de los hijos y de los esclavos para el jefe de famila, *(detención doméstica);* y la que tiene su base en un *contrato*, detención de los locatarios, comodatarios, etc. *(detención contratual)*, ¿cuál de las dos es más antigua?

Ha habido siempre en Roma persona bajo potestad dominical, mientras que los locatarios y los comodatarios no arriban sino más tarde. Las dos especies de detención relativa se concedían necesariamente á los hijos y á los esclavos: la primera, detención por procuración, cuando el jefe de familia estaba *ausente*, porque entonces eran aquéllos los que ejercían la posesión para éste; la 2.ª detención interesada, aún

cuando el jefe de familia estuviera presente, con relación á todas las cosas que les acordaba para su uso personal.

La detención contratual es más moderna. El romano de los tiempos antiguos cultiva, él mismo, su fundo, y si no puede lo hacen su mujer, sus hijos y sus esclavos. La idea de cultivar el fundo por medio de un arrendatario no aparece sino en una faz más avanzada de la civilización, en la vida urbana. *La casa romana es el punto de partida histórico de la noción de la detención, el asiento originario, el lugar de nacimiento de la detención relativa.* Es también allí donde la noción de la detención se reveló, por primera vez, á la conciencia de los romanos, donde primero se la reconoció jurídicamente. *Naturalis possessio* fué la designación originaria de la relación posesoria en el interior de la casa romana, y esta designación no ha sido transportada á la detención que tiene por base un contrato, sino más tarde, al mismo tiempo que la idea de detención.

La detención sale de la casa romana y se pone en marcha. Sigámosla.

Los rasgos característicos de la detención doméstica son dos. El uno es la relación de dependencia personal de los hijos, (designaremos bajo ese nombre todas las personas sometidas al poder del padre de familia). El otro es la *comunidad* de su posesión, ó sea su *coposesión.* Estos dos rasgos se encuentran muy semejantes en la antigua Roma en las relaciones de los arrendatarios y de los locatarios. Tiene que haber sido á esta relación que se transportó, desde la familia, la idea de detención. Lo que quiere decir que en la relación que tiene su origen en un contrato, la detención aparece primero en los inmuebles. Más tarde pasa á los muebles.

Protección del poseedor de los inmuebles, tal es la idea por la cual comenzó, entre los romanos, el desenvolvimiento de la idea de posesión. La prioridad de la aparición posesoria para estas cosas no es más que la consecuencia natural de que esa protección es de un interés práctico mucho mayor para los inmuebles que para las cosas muebles.

La extensión de la idea de detención de los inmuebles á los muebles, no se realizó en Roma á consecuencia de un interés práctico, sino que fué obra de la lógica jurídica, que no pudo negarse á aplicar la noción, una vez admitida, aún á las cosas para las cuales no tiene interés.

Hemos pues llegado á conocer tres fases del desenvolvimiento histórico de la noción de detención: la primera su aparición en la casa romana; la segunda su separación de la misma y su transporte á relaciones fuera de la casa, y ante todo á las que conciernen al suelo; y la tercera su extensión á las casas muebles. Fué producto en la primera faz, de la *constitución de la familia romana;* en la segunda del *interés práctico* y en la tercera de la lógica del *pensamiento jurídico.*

Aquí no acaba la historia de la idea de detención. Ella encuentra en el derecho nuevo otras dos formas de aplicación. La una al objeto de la *representación,* la otra combinándose con el *jus in re.*

La representación. Por medio de las personas sometidas á su poder el padre de familia puede, no solamente *continuar*, sino también adquirir la posesión. Tratándose de personas libres se conservaba la posesión por representante, pero no se adquiría. Fué una constitución de Severo la que permitió adquirir la posesión por representantes.

Conbinación de la detención y del jus in re. En materia de prenda y de enfiteusis los romanos concedían la *corporalis possessio.* Acuerdan al contrario la *juris-possessio*, lo que quiere decir que extienden la protección posesoria á una relación de detención, en otros dos casos: para las servidumbres personales y para la *superficies.* Cualquiera que fuese la habilidad empleada por la jurisprudencia para explicar y hacer comprender la situación llamando en su ayuda la noción de la *juris possessio*, en realidad el derecho ha hecho abandono de dos reglas de la teoría de la posesión: la primera la que establece que el detentador no goza de la protección posesoria, y la segunda que dispone que la *compossessio plurium in solidum* es imposible. El usufructuario es un simple detentador, á pesar de esto se le protege, convirtiéndose así prácticamente en poseedor. Por otra parte. junto á él, el propietario es también protegido posesoriamente. En esto consiste el abandono de la segunda regla indicada. En la práctica existe aquí, en realidad, una *compossessio plurium in solidum.* Ella se manifiesta claramente en la relación enfrente de los terceros: al usufructuario se le protege, como todo poseedor real, contra el desposeimiento y contra las perturbaciones de la posesión. No es sino entre las dos personas que su coposesión se modifica á consecuencia de sus derechos respectivos: sus esferas de posesión están separadas del mismo modo que sus esferas de derecho.

Desde esos dos puntos de vista la contradicción con los principios anteriores se evitó creando la noción de la *juris possessio.* Este fué uno de los artificios técnicos más ingeniosos de la jurisprudencia romana. Esta última etapa de la idea de detención se encuentra en el mismo terreno en que ella había comenzado, en la casa romana.

La historia de la detención se termina constatando la inmensa importancia de la casa romana en el desenvolvimiento de la teoría posesoria. Y ella nos hace conocer todavía un fenómeno al final de la evolución histórica de la teoría posesoria, es la alteración completa que se opera en la situación de los hijos desde el punto de vista de la posesión. Con la facultad de ser propietarios se les acordó igualmente la de poseer.

10.—Examinemos ahora la teoría *subjetiva* desde el punto de vista práctico, lo que comprende dos cosas: el *procedimiento* y la *legislación.* La protección jurídica acordada por el juez depende de que se pruebe que existen las condiciones á las cuales la ley une el derecho. De la cuestión de la prueba pende en la práctica el mantenimiento del derecho contestado.

Supongamos un legislador que se apoye en la teoría subjetiva. Debe examinar si ella se aplica en procedimiento: es decir, si dado un caso particular, la voluntad de poseer puede ser probada. Pongamos á su disposición un juez encargado de la aplicación de la teoría. Se le prescribe á éste la regla siguiente: En materia posesoria admitirá la posesión cuando la voluntad del que la tiene, sea la de poseer para sí, como un propietario; en los otros casos admitirá solamente la detención.

¿Mas por qué signos el juez reconocerá la voluntad de poseer? ¿El hecho exterior permite distinguir, si interiormente corresponde á tal ó cual voluntad? Veo dos hombres cultivando un campo, el primero lo hace con la intención de ejercer su propia posesión, el segundo con la de ejercitar la posesión de otro, ¿puedo descubrir, en ellos, esa intención diferente? No. Entonces les pregunto si poseen el *animus domini ó alieno domini detinendi*, es decir si tienen la intención de ejercer el poder de hecho sobre la cosa para ellos ó para otros.—Si tienen la intención de poseer la cosa como un propietario, á la manera de un propietario, la relación posesoria de ustedes es una relación jurídicamente protegida, si no no hay protección.—¿Cuál es la intención de ustedes? Es seguro, que aún el que ejercita la posesión de otro, se decidirá por la protección posesoria, y esto porque se figura que habiendo arrendado el fundo, el derecho no puede dejar, como arrendatario, de protegerlo. Esa protección, pensará, la tengo en virtud de la ley, independientemente de mi intención.—Si usted es arrendatario, se le contestará, es otra cosa, porque como tal no *puede*, según el derecho romano, tener la voluntad de poseer.—¿Por qué, entonces, responderá el arrendatario, me interroga sobre mi voluntad?—Si ésta, en último caso, no ejerce ninguna influencia.

El resultado de mi tentativa, dirá el juez al legislador, es la comprobación de que la voluntad de poseer es un elemento impracticable. No os queda más recurso, agregará, que el de indicarme en qué relaciones debo admitir la voluntad de poseer como existente, y en qué relaciones no. Entonces el legislador hará un catálogo de *causæ possessionis y detentionis*.

Habrá, pues, obligación de probar la *causa possessionis*. Supongamos que tengo que demostrar la *causa possessionis* de 1000 cosas muebles que poseo, y que han sido envueltas en un juicio posesorio. Seguramente ni de 10 cosas podré hacer esa prueba. Luego sólo á esas 10 llegará la protección posesoria y quedarán sin ella, 990.

El juez hará entonces una nueva relación, diciendo que no adelantó más con la *causa* que con la *voluntad de poseer*. De aquí sacará como consecuencia la impracticabilidad de la teoría subjetiva.

El legislador debe organizar la prueba en materia posesoria, de modo que la protección de la posesión sea una realidad. Es lo que hace

estableciendo que: *hasta la prueba en contrario, todo detentador debe ser reputado poseedor.*

Se puede representar esa regla de una doble manera. Desde luego en forma de una *presunción.* Debe recurrir á ésta todas las veces que para reconocer la posesión se exige además de las condiciones legales de la relación posesoria en general, la existencia de otro elemento: *la voluntad especial de poseer* ó la *causa.* Tal es el camino que ha seguido el Código Civil Francés en su artículo 2230: «Se presume poseer « *por sí* y á título de propietario, si no se prueba que comenzó á « poseer *por otro.*» Como resulta de las palabras *poseer por sí y poseer por otro,* los autores del Código Francés se atienen al dogma de que es necesaria para la posesión una voluntad de poseer particular, pero la presunción que establecen les ha hecho escapar á todos los peligros prácticos de la teoría *subjetiva.* El Código Francés ha dado tanta importancia á la cuestión de la prueba posesoria, que de 8 artículos consagrados á la posesión, 3 establecen presunciones. Uno es el citado. Otro el 2231: «Cuando se ha empezado á poseer por otro, se presume « poseer siempre al mismo título, si no hay prueba en contrario.» El tercero es el 2234: «El poseedor actual que prueba haber poseído an- « teriormente, se presume haber poseído en el tiempo intermedio, sal- « vo la prueba en contrario.» Se da así una solución satisfactoria á la cuestión de la prueba de la posesión. Toda legislación que quiera atenerse á la teoría dominante, no puede hacer nada mejor que apropiarse esos tres artículos.

La otra manera consiste en separar las condiciones legales de la posesión en una parte positiva y en otra negativa. Es la senda que ha seguido el derecho romano. Nuestras fuentes justinianas no hablan, en ninguna parte, de la cuestión de la prueba en materia posesoria. Pero Paulo se ocupa en ella.

Sometamos á la prueba de la estadística la regla de que todo detentador debe *á priori* ser reputado poseedor. Veamos, en efecto, cuál es en la vida la proporción numérica entre los casos de posesión y los de detención. Entre 5000 casas mobiliarias que poseo, dice Yhering, sólo de 5 soy detentador. ¿Y para no pasar por alto, en esta enorme cantidad de casos de posesión, algunos casos de detención, el poseedor real debe hacer una prueba que en una serie de casos no puede realizar?

Aún tratándose de inmuebles la proporción, en Roma, entre los casos de posesión y los de detención, debió arrojar una inmensa mayoría en favor de los primeros.

Resumamos el resultado de las explicaciones precedentes sobre la organización legislativa de la cuestión de la prueba. Es erróneo imponer al demandante en el procedimiento posesorio, además de la prueba de la existencia puramente *exterior* de la posesión, es decir del *corpus,* que como tal implica ya la voluntad de poseer, la prueba de que exis-

te un elemento *interno;* ya sea del elemento subjetivo del *animus domini,* ya sea del elemento objetivo de la *causa.* En el primer caso el legislador hace ilusoria la protección que quiere acordar al poseedor, porque le es imposible, á éste, probar el *animus domini,* en el segundo liga la prueba á una condición que el poseedor real en muchos casos no está en estado de establecer; condición que, suficiente también para ejercer la acción publiciana, hace superflua, muy pronto, la acción posesoria.

Para que la protección posesoria adquiera realidad práctica, el demandante debe estar dispensado de probar que es poseedor y no detentador. Para arribar á esto se abre una doble vía. Una la del procedimiento que establece la presunción de posesión y que se concilia perfectamente con el mantenimiento de la teoría dominante. Otro la del fondo del derecho que tiene por condición el remplazo de esa teoría, por la que Yhering expone, y según la cual, los elementos que excepcionalmente reducen la relación posesoria á detención, deben considerarse como elementos negativos de las condiciones legales de la posesión, es decir, como obstáculos á la misma, cuyo prueba corresponde, según las reglas generales, al adversario. El Código Francés ha seguido la primera vía, el derecho romano, la segunda.

Savigny no dice una sola palabra en su libro sobre la cuestión de la prueba posesoria, probablemente por suponer que ella es materia del práctico y no del teórico. En general el mismo silencio guardan los otros autores que han escrito sobre la posesión.

La segunda parte del examen de la teoría subjetiva desde el punto de vista práctico, corresponde á la *legislación.* La teoría de la voluntad va, pues, á ser puesta á prueba delante del legislador. Avanza en primer término la teoría de la voluntad *abstracta.* Ella le dice, que para distinguir entre la posesión y la detención, tiene que guiarse por la idea de la diferencia intrínseca de la voluntad de poseer, y que según ella, debe admitir ya la posesión, ya la detención. El legislador responderá, que las consideraciones que, en tantos casos lo han llevado á sancionar otra cosa distinta de lo que la teoría indica, tienen el mismo peso á sus ojos, cuando se trata de saber, si en la posesión derivada, debe admitir la posesión ó la detención. Si en muchos casos se reconoce la posesión, á pesar de la falta del *animus domini,*— por ejemplo el derecho romano la establece tratándose de posesión derivada en tres casos, (prenda, precario y secuestro),—no se ve por qué el legislador no va á poder prescindir de tomar en cuenta ese *animus domini* en otros casos.

La teoría de la voluntad abstracta le resulta, pues, al legislador inaplicable en una serie de casos. Se le dirá que son excepciones y que en los otros casos se la reconoce. No es verdad: lo que pasa es que la misma idea ha permitido en la posesión derivada admitir, ya la deten-

ción, ya la posesión; esa idea es la de la organización práctica de aquella relación. La parte que se atribuye la teoría de la voluntad en la posesión romana, se reduce á nada, cuando se examina de cerca. El legislador actual no puede darle importancia alguna. Es una idea estéril para la legislación. Abstracción hecha de lo que se refiere á la prueba, la teoría de la voluntad abstracta no implica consecuencias falsas en la práctica.

Pasa otra cosa con la *teoría de la voluntad individual.* Ella tiene por principio el que la voluntad de poseer es cuestión del *libre arbitrio* del poseédor. De aquí resulta que la *voluntad de poseer es asunto del libre arbitrio.* Comencemos por aceptar como real una hipótesis que no se realiza casi nunca; supongamos que las personas interesadas conocen la distinción entre la voluntad de poseer por sí y la de poseer por otro, y además, las consecuencias que de esa distinción resultan. El derecho les dice: pueden elegir libremente entre la detención y la posesión, y harán esa elección declarando que quieren tener la cosa para ustedes ó para otros.

Veamos si el legislador puede adoptar las consecuencias que trae aparejado el principio de la libre autonomía de la voluntad. El derecho romano responderá. Si este derecho, del cual se pretende que se guió por aquel principio, rechaza esas consecuencias, se habrá probado que él tuvo el principio mismo por inaceptable. Distingamos entre el *nacimiento* originario de la relación posesoria y su *transformación* ulterior.

Nacimiento de la relación posesoria. Según la teoría de la voluntad abstracta y la teoría objetiva, es la *causa* la que decide si en la relación posesoria derivada hay posesión ó detención, sin que la voluntad individual contraria sea tomada en cuenta. Para la teoría de la voluntad individual, es esta última la que decide. Según ella, puede haber posesión en los casos en que la relación suponga detención, y detención, cuando ella implique posesión.

1.er caso: — Posesión en lugar de detención. Nosotros suponemos que no hay ninguna duda sobre la existencia de la voluntad de poseer, dando por sentado, por ejemplo, que esa voluntad, en el acto de la aprehensión, se declaró expresamente delante de testigos. Examinemos las dos formas que puede tomar la detención que tiene por base un contrato: la forma por procuración y la forma personalmente interesada.

La detención por procuración. Se envía un doméstico con los documentos necesarios para recibir una mercadería expedida. Remitiendo los documentos de que es portador, adquiere la posesión. No nos inquietemos de que el derecho romano decida lo contrario: nosotros nos limitamos á exponer el punto de vista legislativo, que es el que por el momento, sólo nos interesa.

La cuestión está en saber si en la representación directa el legislador puede acordar la influencia que indicamos, á la voluntad contraria del representante. Plantear la cuestión es resolverla. Acordando esa influencia, se minaría la institución de la representación, y el efecto de ésta en cada caso particular sería enteramente incierto y dependería en absoluto de la voluntad del representante. Parece incontestable que, á pesar de su voluntad contraria, el doméstico y otras personas en iguales condiciones, adquieren, según el derecho romano, la propiedad y la posesión para sus dueños. Concluímos, en consecuencia, que la libre autonomía individual del representante, es incompatible con las consideraciones que el legislador debe tener en vista al organizar la representación.

La detención personalmente interesada. Sabemos qué interés tenía, en Roma, el *dominus possessionis* en conservar la posesión. El principio de la libre autonomía de la voluntad hubiera sido, en materia de arrendamiento, ni más ni menos que el sacrificio de la posición jurídica del *dominus possessionis.* El derecho romano no podía consentir semejante cosa.

2.º caso: — Detención en lugar de posesión. Examinemos la voluntad individual encaminada á la detención, mientras que es la posesión lo que corresponde á la relación que se trata de establecer. Ejemplo: la prenda. El acreedor prendario cree adquirir la detención, porque para ser poseedor le falta el *animus domini* de la teoría subjetiva. Sin embargo, según el derecho romano, adquiere la posesión. Y esto porque lo contrario no se concilia con el objeto del contrato de prenda. Si el acreedor prendario no adquiriera más que la detención, el deudor podría arrebatarle la cosa á su arbitrio.

Transformación de una relación posesoria establecida. Para conocer que no interviene la voluntad en la transformación de una relación posesoria establecida, basta recordar la regla de la jurisprudencia antigua: *nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest.*

11.—Estudiaremos, por último, la teoría *subjetiva* desde el punto de vista *lógico.* El dogma de la dualidad de la voluntad de poseer y de la distinción que ella determina entre la posesión y la detención, no ha sido puesto en duda hasta nuestros días, y aparece en todas las obras como uno de los principios fundamentales de la teoría posesoria romana. Sin embargo, la doctrina que lo sostiene es falsa; el derecho romano no conoce en realidad nada más que una sola voluntad de poseer. La diferencia entre la posesión y la detención no es el resultado de una diferencia genérica de la voluntad de poseer, sino de una disposición de derecho que niega, en ciertas circunstancias, á las condiciones legales de la posesión, sus efectos ordinarios.

¿Cómo esa doctrina falsa ha podido formarse? Lo veremos, estudiando con detención las 8 reglas ó fundamentos de la teoría subjetiva, expuestos anteriormente.

1.ª regla. La gloria dudosa de haberla establecido corresponde á Paulo que, en dos pasajes, establece el *animus possidentis* como condición de la posesión, y que niega ésta al representante y al arrendatario á causa de su ausencia.

Si los copiladores de las Pandectas hubieran obrado con respecto á los dos textos de Paulo como los de las Basílicas, que se limitan á citar la regla: el representante y el arrendatario tienen la detención, sin reproducir el motivo de Paulo, la teoría subjetiva no habría jamás existido. En efecto, en ninguna parte de nuestras fuentes se trata del *animus possidentis*, entendido á la manera de Paulo. Por mi parte, yo no he podido jamás, dice Yhering, descubrir de él la más leve traza. ¿La omisión de las Basílicas tiene su fundamento en la creencia exacta de sus autores, de que no se trataba sino de una opinión individual de Paulo, inconciliable con la teoría de los otros juristas romanos? En todo caso se debe señalar el hecho de que los autores de las Basílicas no han juzgado el *animus possidentis* de Paulo digno de ser acogido en su compilación. Se trata, pues, de una opinión individual de Paulo. Tal es la primera tesis que establezco sobre el *animus possidentis*.

Mi segunda tesis, continúa Yhering, la cual es decisiva, es la siguiente: El *animus possidentis* de Paulo no tiene el valor de un *principio de derecho*, sino sólo de un punto de vista de *construcción*. La falta cometida por la teoría subjetiva, y que ha sido el punto de partida de todo el resto, está en la confusión que ha hecho considerar como *verdad dogmática un punto de vista exclusivamente constructivo.*

Si se hubiera preguntado á un jurista de la época antigua, por qué el arrendatario no adquiere sino la detención; ¿es acaso, porque su voluntad tiende á esta última? El jurista respondería: la voluntad del arrendatario no tiene nada que ver en la cuestión, él obtiene la detención porque fundándose en buenas razones el derecho romano así lo ha dispuesto. Los contemporáneos de Paulo no pensaban de otra manera, como se verá más tarde. ¿Cómo Paulo ha podido concebir la idea de colocar el motivo en la voluntad de poseer? La explicación que sigue nos lo mostrará.

¿A qué debe tender la voluntad en el cumplimiento de un acto jurídico, hacia el acto mismo ó hacia sus consecuencias? Proponer la cuestión es resolverla. Si la voluntad debiera ser dirigida no hacia el acto, sino hacia las consecuencias, la ignorancia de estas últimas, es decir, el *error de derecho*, anularía el acto. El juez debería, en cada caso particular, investigar si la persona ha conocido las consecuencias de sus actos, lo que destruiría toda seguridad de derecho y haría su aplicación por el juez, difícil y complicada.

De aquí resulta la regla de que para determinar el alcance de la voluntad en los actos jurídicos, hay que tomar en cuenta el acto mismo (*a*), y no sus consecuencias (*c*). Se realiza (*c*) sin intervención de la vo-

luntad individual, en virtud de la *ley* que ha ligado *c* á *a* como consecuencia inevitable. Si no es posible desviar ésta porque no *se ha querido*, no se puede tampoco justificarla por el motivo de *que se ha querido.*

Paulo ha cometido esta última falta en la cuestión de posesión. Refiere á la voluntad la consecuencia que el derecho romano reune á ciertos actos jurídicos con relación á la posesión. Según el derecho romano, el arrendatario y el representante adquieren siempre la detención, que lo sepan y lo quieran ó no: la detención es la *c* que se liga como consecuencia inevitable al *a* del acto jurídico, y con relación al cual, por consiguiente, la dirección de la voluntad del individuo no tiene importancia alguna.

El conocimiento de la existencia de las *condiciones* del acto, no es menos indiferente que el de las consecuencias del mismo. Si el *tradens* es realmente dueño, aun cuando el *accipiens* crea lo contrario, este último no deja de adquirir por eso la propiedad. Sin embargo, si la validez del acto dependiese de la voluntad individual, ella debería ser contestada, porque el *accipiens* no tiene la voluntad de adquirir la propiedad, él considera la adquisición como imposible.

Tal es, compendiada, la teoría de los juristas romanos sobre la intervención de la voluntad en los actos jurídicos.

2.ª regla: El *animus possidendi* debe ser definido como *animus rem sibi habendi*. Cuando Paulo niega el *animus possidendi* al representante, no puede hacerlo sino porque éste no quiere tener la cosa para sí sino para el representado. Se sigue de esto que la voluntad del poseedor debe ser la de tener la cosa para él. Cuando falta esa voluntad, no puede haber posesión, sino solamente detención. De aquí resulta que la posesión es inconciliable con la voluntad de tener la cosa *para otro.* Tal es la idea fundamental y también el gran error de la teoría subjetiva. Examinemos esa idea.

¿Tiene alguna importancia para x que A la adquiera para él ó para B? No. ¿Sucede lo contrario si representamos á x, no como una cosa, sino como un derecho? No. El fin que se propone A es un elemento puramente interno, que no tiene nada que ver con x; poco importa que esta sea una cosa ó un derecho; x resta x, ya tenga A la intención de adquirirla para él ó para B. Desde el punto de vista lógico, es inexacto decir que la relación posesoria *debe* tomar otro aspecto, según que la persona quiera adquirir para sí ó para otro.

Mas es posible que, por cualquier motivo, el derecho romano haya acordado al fin puramente *subjetivo* una influencia objetiva. El derecho romano no deja este problema sin respuesta, y ésta es la misma que da la lógica: *el fin subjetivo no ejerce ninguna influencia sobre las relaciones jurídicas.*

El derecho romano antiguo tuvo ocasión de pronunciarse sobre la cuestión en el caso de la representación indirecta, única forma enton-

ces conocida. El sustituto lleva á cabo el acto jurídico para el representado, más semejante circunstancia no ejerce la menor influencia sobre la relación jurídica así establecida. El intermediario adquiere el mismo derecho que si obrara para sí; puede, por consecuencia, si lo desea, transferir el derecho adquirido, por él, á un tercero. ¿Pasaba otra cosa con la posesión? No. Antes de introducirse la representación directa en los modos de adquirir la posesión, la representación indirecta era la única forma admitida por el derecho, la cual se mantuvo por buenos motivos al lado de la primera, hasta en el derecho nuevo. En éste, el intermediario adquiere la posesión, á pesar de tener la voluntad de adquirir para el representado. Los romanos no encontraron inconciliable la posesión con la intención de tener para otro.

Es la prueba de la falta absoluta de fundamento de la idea enunciada más arriba. El motivo por el cual el representante directo no obtiene la posesión, no puede encontrarse, con Paulo, en su voluntad inperfecta de poseer. Son motivos prácticos los que explican esto: esos motivos se hallan en el interés que presenta para las relaciones jurídicas la adquisición directa de la posesión Como una *compossessio plurium in solidum* no es posible, según las ideas de los romanos, resulta forzosamente que, para acordar la posesión al representado, se la debe negar al representante.

Concluyamos del examen de esta segunda regla, que ella no es exacta en derecho romano, y que es una afirmación errónea el decir que la posesión no se concilia con la intención de ocupar para otro. La base de la teoría subjetiva se viene así al suelo.

3.ª regla. En todos los otros casos de detención, la voluntad de poseer es la misma que la del representante. Hay que tomar en cuenta que se trata de saber, no si en el detentador existe la voluntad de ser poseedor, sino si posee la de tener la cosa para él ó para el *dominus possessionis*. Se toma como base la regla falsa de que el que posee la cosa por otro, detiene, y se trata de probar que en la posesión por procurador, como en la personalmente interesada, hay en el detentador la intención de tener la cosa para el *dominus possessionis*. El arrendatario, según la teoría subjetiva, desea detener el fundo, no para él, sino para el arrendador. Sin embargo, ningún dialéctico puede destruir la proposición de que el arrendatario concluye el contrato de arriendo para sí, en su propio interés, y que, por consecuencia, ès para él que obtiene el fundo y que lo trabaja. Durante el arriendo, ocupa económicamente el lugar del propietario, y para ocuparlo es que paga la renta. Tener, en el sentido del derecho, es la facultad reconocida por la ley de utilizar económicamente la cosa. Que tal facultad sea continua ó pasajera, no tiene importancia alguna. El hombre que *tiene* pasajeramente la utilidad de la cosa *tiene* la cosa misma; de lo que resulta que el dueño, al cual falta esa utilidad, no *tiene* la cosa. No hay

necesidad de agregar que lo que hemos dicho del arrendatario, se aplica á todas las personas á quienes la cosa ha sido remitida para ellas mismas: la aserción de que no poseen el *animus rem sibi habendi* es tan falsa con respecto á ellas, como con respecto al arrendatario.

Se sigue de esto que la indicada antítesis no puede haber sido para los romanos la circunstancia decisiva; según su concepción, la posesión se concilia perfectamente con la voluntad de poseer la cosa *para otro*, como la detención con la de poseer *para sí*.

Diremos algunas palabras acerca del pretendido carácter doble de la relación de detención, alegado á propósito de esta tercera regla. Se dice que la detención es, ya el *ejercicio* de la posesión de otro, ya la *representación* en materia de posesión. No tenemos nada que objetar al primer carácter; él se concilia perfectamente con la voluntad de detener la cosa para sí. Como en la detención derivada, el derecho quiere conservar la posesión al *dominus possessionis*, resulta que la relación posesoria del detentador no pnede ser más que el *ejercicio* de la posesión de otro. Al contrario, dice Yhering, lo referente á la *representación* en materia de posesión, es tan inexacto como peligroso. Se quiere expresar la idea exacta de que el *dominus possessionis* posee por el detentador, que la detención de éste se le cuenta como posesión al *dominus possessionis*. Pero la forma en la cual esa idea se representa, es errónea. Se hace violencia á la noción de la representación, tal como el lenguaje la concibe, aplicándola á caso en que no hay ninguna idea de representación.

El jefe de familia adquiere por sus hijos y por sus esclavos, que éstos lo quieran ó no lo quieran. Ellos son instrumentos de adquisición del jefe de familia y no representantes. Así como se puede personalmente adquirir *por* su voluntad ó *sin* ella, es decir, por la *ley*, así también es posible adquirir por idtermediarios *por* su voluntad ó *sin* ella, es decir, igualmente por la *ley*. Tanto en un caso como en otro, es falso referir la segunda especie de adquisición á una voluntad ficticia. Es la misma ley la que dispone la adquisición en los dos casos.

Aplicado á la relación posesoria, esto quiere decir: el *dominus possessionis* puede adquirir y mantener la posesión *por* la voluntad del intermediario (representante) ó sin ella (ley). Hay en los dos casos una *mediación* y se puede, por consecuencia, calificar la posesión del *dominus possessionis* de posesión indirecta, por oposición á la posesión directa, que tiene lugar cuando él la ejerce personalmente. Luego, no es correcto decir que la detención constituya una representación en materia posesoria, y se debe evitar darle ese nombre, porque se presta á hacer creer que el detentador, en la detención personalmente interesada, no quiere detener la cosa para él sino para el *dominus possessionis*.

4.ª regla.—La voluntad del poseedor es tener la cosa *definitivamen-*

te, la del detentador, tenerla *pasajeramente.* Una vez convencidos de que la voluntad del poseedor es distinta de la del detentador, se han buscado otros signos, además de los que acabamos de estudiar, para también distinguirlos. Se ha creído encontrar uno de esos signos en esta 4.ª regla. Sin embargo, ella no resiste el más ligero examen. No se percibe qué influencia puede tener sobre el carácter de la relación posesoria, la circunstancia de que la cosa se haya confiado, sólo pasajeramente al que la detiene. Si x no es alterado por el elemento subjetivo del fin, no lo es tampoco por el *elemento temporal de la duración.* La relación produce el mismo efecto, ya sea la ocupación pasajera ó definitiva. Es así precisamente, que los romanos han considerado la posesión. Lo prueba el *precarium,* que hace adquirir la posesión, aun cuando el dueño pueda en cualquier momento, ponerle término. Al *precarium,* se agregaron en el correr del tiempo, los otros casos de posesión derivada: la prenda, la enfiteusis á tiempo y el secuestro. Además, las fuentes enuncian de una manera expresa, la regla de que se puede transferir la posesión transitoriamente.

Resulta, que el motivo por el cual hay detención en ciertos casos de posesión derivada, no puede encontrarse en la circunstancia de que el detentador no deba tener la cosa sino *pasajeramente. Los romanos debieron fundarse en otros motivos para negarle la posesión.*

5.ª regla. — El detentador reconoce el derecho superior de otro, el poseedor no. La detención se caracteriza como una dependencia jurídica, reconocida por el detentador mismo, la posesión, como la pretensión á la autonomía y á la independencia.

El detentador reconoce que el *dominus possessionis* tiene un derecho superior al suyo. Perfectamente. ¿ Pero se sigue de aquí, que no puede ser poseedor? Basta recordar los casos de posesión derivada, para conocer los vicios de semejante conclusión. La afirmación de que esos casos constituyen una singularidad, reposa sobre una petición de principios. Mas ellos no son los únicos, hay otros que la teoría subjetiva olvida, y en los cuales la misma situación se reproduce El sustituto no es, enfrente del mandante, nada más que un representante; él lo reconoce como el interesado, al cual debe devolver la cosa, y á pesar de eso, adquiere la posesión, mientras que el representante no obtiene más que la detención. El vendedor se encuentra enfrente del comprador, en la misma relación de dependencia que un detentador cualquiera, lo cual no perjudica en nada su posesión. ¿ Y por qué, por otra parte, iba á perjudicarla? ¿ Qué es lo que la posesión tiene de común con el derecho de otro? La idea fundamental de toda la institución posesoria, reposa precisamente sobre la *independencia de la posesión enfrente del derecho.* Las relaciones jurídicas más variadas, pueden existir con relación á una sola y misma cosa, sin que la una constituya un obstáculo á la otra. La ley traza á cada una de ellas su

esfera particular, dentro de cuyo límite son completamente independientes. Así evita los conflictos de los derechos. ¿ Pasaría otra cosa con la posesión ? ¿ Sería excluída por el hecho, sólo de que el poseedor reconoce á otro por *encima de él,* como se dice falsamente, en lugar de decir *al lado de él,* como interesado ? El propietario reconoce al poseedor, éste al propietario, la situación es idéntica á aquella en que el dueño considera como interesado al detentador de un *jus in re.* En los dos casos se trata de esferas jurídicas diferentes.

No es, pues, exacto el decir que la posesión implica necesariamente el elemento de la autonomía, de la independencia, en el sentido aceptado por la teoría subjetiva, es decir, de una protesta de *derecho,* ó de *hecho,* contra el derecho de otra persona cualquiera. La 5.ª tesis es tan insostenible como la 4.ª. La posesión en el poseedor se concilia perfectamente con el respeto de los derechos del propietario.

6.ª regla.—La posesión se caracteriza como *pretensión á la categoría de propietario:* la voluntad del poseedor debe ser poseer la cosa como *propia,* es decir, *como* dueño, ó á la *manera* de un propietario. Esta voluntad falta al detentador, por eso, él, no obtiene la posesión, sino la detención. Tal es la teoría del *animus domini,* que estudiaremos exclusivamente en Savigny por ser el representante más caracterizado de la doctrina subjetiva.

Savigny encontró ya hecha la noción del *animus domini.* Él, simplemente, ha vuelto á tomar sin someterla á una crítica, esa idea fundamental, sobre la cual pensaba elevar toda su teoría, acerca del modo de distinguir la posesión de la detención. La necesidad del *animus domini,* está por consiguiente, establecida de antemano por Savigny. No se trata sino de justificarla en principio.

Con este fin se propuso, después de haber invocado la propiedad, pedir prestado á la relación de la posesión con la misma, la prueba de que el poseedor posee como un propietario. Esa relación consiste, según Savigny, en que la posesión es el *ejercicio de la propiedad.* «La « propiedad, dice, siendo la facultad jurídica de disponer de una cosa « á su arbitrio, y de impedir á otro el hacer uso de ella, la detención « encierra *el ejercicio de la propiedad,* constituye el *estado de hecho* « que corresponde á la propiedad considerada como *estado de derecho*». A esto liga, más adelante, la conclusión siguiente : « en consecuencia el « *animus possidendi* consiste en la intención de ejercer el *derecho de* « *propiedad.*»

Pero el detentador puede tener esa intención de dos maneras distintas: puede desear ejercer el derecho de otro, ó el suyo propio. Si tiene la intención de ejercer el derecho de propiedad de otro, derecho que reconoce por eso mismo, no posee el *animus possidendi,* necesario para que la detención se transforme en posesión: no hay posesión sino cuando el detentador está resuelto á ejercer su propio *derecho de pro-*

piedad. No puede ser considerado como poseedor sino aquél que trata la cosa como dueño; en otros términos, aquél que pretende disponer en *hecho*, como el propietario tiene la facultad legal de *hacerlo* en virtud de su derecho.

Enviar al poseedor á la escuela del propietario para que aprenda cómo debe poseer, es trastornar la relación que existe entre la posesión y la propiedad. La posesión es más antigua que la propiedad. Se puede figurar la posesión sin la propiedad, mas no ésta, sin la posesión. En ninguna parte de la posesión encontramos la propiedad: ni en la *definición*, ni en el *nacimiento*, ni en la *extinción*, ni en la *protección*, y se podría exponer toda la teoría posesoria, sin emplear una sola vez la palabra *propiedad*.

Que se haga el mismo ensayo con la propiedad. Aquí, no nos separamos jamás de la posesión, ella nos acompaña en toda la teoría del dominio. Se puede sentar que hay: *Independencia teórica de la posesión, enfrente de la propiedad; dependencia teórica de la propiedad, enfrente de la posesión*. Luego, si la propiedad presupone en principio la posesión, esto quiere decir, que la noción de posesión, es el *prius teórico*, y la de propiedad, el *posterius* teórico, de donde resulta la *prioridad lógica de la noción de posesión, enfrente de la noción de propiedad*. Yhering cree, fundándose en la evolución de lo imperfecto á lo perfecto, que á esta *prioridad lógica*, corresponde también la *prioridad histórica*.

La falta que comete la teoría subjetiva estableciendo el *animus domini*, consiste en invocar una noción posterior, la idea de propiedad, para venir en ayuda de una noción anterior, la idea de posesión. La voluntad necesaria para la existencia de una relación cualquiera puede y debe siempre ser colocada en ella misma; si la voluntad se dirige hacia x, es x la que decide. La teoría del *animus domini* nos nombra en lugar de la x de la posesión, la x de la propiedad. Al error que implica el cambio de la sola noción decisiva por otra, se agrega que esta otra es más reciente, y que ella misma presupone por su parte, la que tiene que explicar.

7.ª *regla*.—En ciertas relaciones, por motivos particulares, el derecho romano ha renunciado á exigir el *animus domini* (posesión derivada), lo cual constituye una singularidad.

Nada justifica el aserto de que la posesión derivada encierre una singularidad. En realidad, hay en el derecho romano, casos de posesión derivada, en que hay posesión, y otros en que hay sólo detención. Los juristas romanos, no dicen en ninguna parte que los primeros casos constituyan singularidades. Toda teoría que llegue á semejante conclusión, debe por consecuencia, ser falsa en su punto de partida, y además, introducir en el derecho romano, un concepto extraño á sus mismos juristas. Sabemos lo que ha hecho nacer esa regla. La posesión

derivada *debe* contener una singularidad, so pena de que se desplome la teoría del *animus domini.*

El establecimiento de la categoría de la posesión derivada contiene la declaración de quiebra de la teoría subjetiva. Una *regla* soporta contradicción, es decir, excepción, pero una *noción* no. Si la condición del *animus domini* fuera simplemente presentada como *regla,* los casos en que existe posesión á pesar de su ausencia, estarían de acuerdo con ella. Mas establecida como *elemento teórico,* la noción de la posesión supone necesariamente el *animus domini.* La posesión sin *animus domini* se declara imposible en principio. Y sin embargo existe realmente.

Con respecto á esto dice Savigny: « La posesión es considerada como « un derecho y á ese título puede ser enajenada. Véase por qué el po- « seedor verdadero y originario podrá transferir el derecho de posesión « á aquél que ejerce, para él, el derecho de propiedad. El *animus po-* « *ssidendi,* que en la posesión originaria es un verdadero *animus do-* « *mini,* tiene por objeto cuando se trata de posesión derivada, el *jus* « *possessionis* transferido por el poseedor originario. »

Esta explicación traspasa el fin que se busca. En efecto, si el pro pietario puede transferir el *jus possessionis* al que no tiene el *animus domini,* hay aquí un medio de trastornar toda la teoría posesoria. Transfiriendo el *jus possessionis* se pone fin á toda detención y se deja de lado, el *animus domini.*

Savigny quiere prevenir el peligro que encierra esa posibilidad de transferir el *jus possessionis,* haciendo notar que no se debe admitir la posesión derivada sino cuando el derecho positivo la reconoce expresamente. Se pone así en contradicción consigo mismo. En la página 102 de su obra nos enseña que á *título de derecho,* la posesión implica la posibilidad de enajenar el *jus possessionis,* y esa posibilidad se nos exhibe como una consecuencia necesaria. Una página más adelante esa proposición *racional* toma el carácter de una disposición *positiva,* que no debe ser extendida más allá de los casos de posesión derivada que el derecho romano enumera. En cuanto á probar que esa disposición está así limitada, lo que yo admito también, dice Yhering, mas por otros motivos que Savigny, este autor no lo ha hecho. No se puede comprender por qué los romanos hubieran limitado la transferencia del *jus possessionis* á los casos mencionados, si la idea que les atribuye Savigny de que esa transferencia es de derecho, fuera exacta.

Si Savigny no ha sacado las consecuencias que fluyen naturalmente de su propia idea, otros lo han hecho en su lugar. Según ellos, depende por completo del acuerdo de las partes, el establecer en las relaciones de posesión derivada, la posesión ó la detención. Arribamos así al punto culminante de la teoría subjetiva.

8.ª regla.—La voluntad decide libremente de la posesión y de la detención. La posesión se convierte así en el juego de la voluntad arbitraria de las partes. Todo lo que dice el legislador sobre la posesión pue-

de resumirse en esto: haced lo que os agrade. Es la anarquía erigida en principio de derecho. Tal es la conclusión final á que llega, ó debe llegar, la teoría subjetiva.

12.—El aspecto que reviste la teoría de la posesión en derecho romano es de una sencillez extraordinaria. En todos los casos en que se encuentren las condiciones exteriores de la relación posesoria, hay posesión; á menos que no exista, y que no se pueda probar la existencia de una relación á la cual el derecho une sólo la detención.

La actitud subjetiva del que posee es indiferente. Él adquiere la posesión aun cuando crea adquirir la detención, y la detención aun cuando suponga alcanzar la posesión. Su creencia errónea no tiene más importancia que la de un error de derecho, sin influencia alguna. Frente á la regla de derecho que ha fijado, una vez por todas, la cuestión de la posesión y de la detención, la voluntad del que posee no tiene ninguna importancia. Hay detención aun cuando la voluntad tienda á la posesión, hay posesión aun cuando ella se dirija á la detención. Sin duda cuando existe para un solo y mismo acto jurídico dos formas diferentes, de las cuales una implica la posesión y la otra la detención, por ejemplo en materia de representación, el problema posesorio depende de la voluntad de la persona, mas no *directamente*, sino *indirectamente*, como una consecuencia ligada á la elección de una ú otra forma.

Comprueba, después Yhering, su aserto de que la voluntad subjetiva de poseer no ejerce ninguna influencia en derecho romano, pasando revista á las fuentes y transcribiendo los casos prácticos. De ese examen resulta que sólo Paulo habla de una voluntad particular para distinguir la posesión de la detención.

Él derecho romano las separa fundándose en motivos prácticos. Estos motivos son los siguientes: Abstracción hecha de la detención que tiene por base un contrato, el derecho romano conoce todavía otras dos formas, la detención absoluta y la doméstica. Hemos demostrado para las dos, que son consideraciones prácticas las que han hecho negar sus efectos ordinarios á las condiciones legales de la posesión. La posición jurídica del poseedor debe ser mantenida en caso de ocupación del fundo durante su ausencia. Resulta de esto, dado que una *compossessio plurium in solidum* no es posible según el dogma romano, que la relación posesoria del ocupante no puede considerarse sino como detención á pesar de existir, sin duda alguna, en ella, el *corpus* y el *animus*. La posición jurídica del jefe de familia es soberana é ilimitada con respecto á las personas sometidas á su potestad. De aquí la detención de estas últimas.

No nos resta más que buscar el motivo práctico que hizo conservar la posesión al *dominus possessionis*.

Es doble el interés que tiene el *dominus possessionis* en mantener la posesión cuando confía provisoriamente la cosa á otro. Ante todo, la

continuación de la usucapión. Según el derecho antiguo la usucapión se interrumpe cuando el *usucapiens* transfiere la posesión á otro. Para evitar ese inconveniente se resolvió conservar la posesión en poder del *usucapiens* en caso de dación pasajera de la cosa. En segundo término el *mantenimiento intacto de su posición jurídica :* es decir de la facultad de defender su posesión *con su propia fuerza* y *con los medios posesorios.*

Primeramente la posición jurídica del *dominus possessionis* enfrente de los *terceros.* Si el arrendatario y el locatario hubieran obtenido la posesión podrían, como todo poseedor, transferirla á otras personas. El arrendador perdería así la protección posesoria y tendría que servirse de la *reivindicatio.* Simples detentadores, el arrendatario y el locatario no pueden transferir la posesión, y de esta manera la posición jurídica del *dominus possessionis,* enfrente de los terceros, está perfectamente asegurada.

Después la posición jurídica del poseedor enfrente del detentador. La detención implica la ausencia de todo derecho real en el arrendatario y en el locatario. Esto procura al *dominus possessionis* una doble ventaja: la de expulsar sin ninguna formalidad el mal arrendatario y la de vender el fundo en cualquier época.

Hemos demostrado cuáles son los motivos prácticos que hicieron conservar la posesión al *dominus possessionis.*

13.—Si la distinción, concluye Yhering, entre la posesión y la detención, dependiere de la diversidad de la voluntad de poseer, los juristas romanos no hubieran podido dispensarse de explicar, de la manera más detallada, ese punto cardinal de toda la teoría. Hubieran debido no solamente exponer en *abstracto* la distinción teórica, sino también indicar, en *concreto,* los criterios para reconocerla. Debieron explicarse claramente sobre la cuestión de la prueba del *animus,* la cual, como hemos visto en otro lugar, está rodeada de grandes dificultades. De todo esto no se encuentra absolutamente nada. ¡Ni una sola apariencia, ni un solo ensayo de definición de esa distinción fundamental sobre la cual estaría edificada toda la teoría posesoria! ¡Ni una indicación se encuentra, aun más, ni la más ligera alusión á la prueba de la voluntad de poseer ó de detener!

A excepción de Paulo, no se puede descubrir en nuestras fuentes ninguna traza cierta del *animus possidentis,* ni en los casos de posesión derivada, en los cuales tendría que mostrarse perentoriamente si los otros juristas romanos lo hubieran conocido.

¡Qué inmenso valor no tiene este argumento negativo! ¡Qué falta grave no cometerían los profesores romanos, si dado el caso de que fuera cierto lo que sostiene la teoría subjetiva, no dijeran una sola palabra á sus discípulos acerca de esa diferencia en la voluntad de poseer! ¡Qué inperdonable omisión con respecto al juez, que era por regla general, como se sabe, extraño al derecho!

La idea fundamental de la teoría subjetiva no es verdadera ni en la *historia*, ni en el *procedimiento*, ni en la *legislación*, ni en la *enseñanza*. Es una idea absolutamente falsa, que no debe su origen sino á un desgraciado ensayo de construcción de Paulo. El motivo real de la distinción romana entre la posesión y la detención es, como lo hemos repetido tantas veces, un motivo *práctico*.

14.—Es claro que no vamos nosotros á juzgar si el derecho romano exige, ó no, el *animus domini* para la existencia de la posesión. Nos falta para ello suficiente competencia, esa preparación que, como dice el mismo Savigny, en otra de sus obras, « sólo se encuentra en quienes « son capaces de leer libremente y con alcance literario las fuentes del « derecho romano ».

Pero debemos confesar ingenuamente que después de haber leído con atención el libro de Yhering, sentimos el mismo estupor que, según el traductor francés, produjo la aparición de la obra del gran jurisconsulto en toda la Alemania.

Y se explica perfectamente esa impresión. Una doctrina seguida como la expresión de la verdad completa, adoptada por los códigos de casi todos los pueblos, se ve así, atacada resueltamente por un sabio, el que, después de largos años de profundas investigaciones, cree poder demostrar su falta de veracidad.

Es bueno hacer notar también, que en la misma tierra donde Savigny expuso su doctrina, parecen haber hecho camino las ideas de Yhering. El Código Civil Alemán, actualmente en vigencia, no exige el *animus domini* como requisito de la posesión. Tampoco lo requiere el Código Civil Español para la existencia de la posesión natural.

En cuanto á nuestro Código Civil, diremos como Baudry-Lacantinerie del Código Francés, que no hay duda de que él ha seguido la noción de la posesión que implica el *animus domini*.

Pero este criterio no ofrece dentro del derecho francés, peligro alguno. El inconveniente que se nos ocurre más grave de toda la teoría subjetiva, se encuentra en las dificultades de la prueba del *animus domini*. Ahora bien, como dice con toda razón Yhering, el Código Francés salva esas dificultades, estableciendo en su artículo 2230 que: « Siempre « se presume poseer para sí y á título de propietario, si no se prueba « que se ha empezado á poseer para otro ».

Nuestro Código Civil se ocupa en la prueba de la posesión, estableciendo algunas de las presunciones del Código Francés para favorecerla. Así su artículo 629 dispone que: « El que ha empezado á tener « la cosa como *poseedor*, se presume que continúa en el mismo concep- « to, mientras no se pruebe lo contrario. El que ha empezado por la « *mera-tenencia* de la cosa, se presume continuar como mero tenedor « hasta la prueba contraria. Si alguien prueba haber poseído anterior- « mente y poseer actualmente, se presume la posesión en el tiempo in- « termedio, sin perjuicio de la prueba contraria ».

En el capítulo sobre acciones posesorias, trae un artículo, el 641, tomado del Código Chileno, que dice: « Se debe probar la posesión del suelo « por hechos positivos, de aquellos á que *sólo* da derecho el dominio, « como el corte de maderas, la construcción de edificios, la de cerra- « mientos, las plantaciones ó sementeras y otros de igual significación « ejecutados sin el consentimiento del que disputa la posesión.»

Pero nuestra ley no establece expresamente en ningún artículo la presunción del artículo 2230 del Código Francés. ¿No la habrá establecido al menos implícitamente?

Sostiene Chacón, que la presunción del indicado artículo 2230, está implícita en el siguiente principio del Código Civil Chileno: «Se presume dueño al poseedor, mientras no se pruebe lo contrario.» Este principio también lo acepta nuestro Código Civil en el inciso 1.º de su artículo 624.

Tal afirmación nos parece un error del distinguido comentarista chileno. El principio á que se refiere, favorece al poseedor en el juicio reivindicatorio; su posición en él, es siempre la de demandado; no debe probar su derecho de propiedad, es el reivindicante el que debe llevar á cabo esa prueba. Pero para gozar de semejante beneficio es necesario que sea poseedor, es preciso, según las palabras del Código Civil, tener la cosa ó gozar del derecho: «por nosotros mismos con áni- « mo de dueños ó por otro en nombre nuestro ».

Ahora bien, como para reclamar la protección acordada por la ley á una relación cualquiera, es preciso probar la existencia de las condiciones de la misma, resulta que el poseedor debe demostrar la existencia de los requisitos de la posesión: el *corpus* y el *animus*. El 1.º ya está probado por el hecho de ocupar la cosa, pero la prueba del 2.º del *animus domini*, ofrece todos los inconvenientes que hace notar Yhering. Lo releva de esta segunda prueba, la presunción del artículo 2230 del Código Francés, pero no el principio recordado por Chacón, de que se presume dueño al poseedor mientras no se pruebe lo contrario.

Para nosotros la presunción del artículo 2230 del Código Francés está implícita, no como sostiene Chacón, en el inciso 1.º del artículo 624 del Código Civil, sino en el artículo 641 del mismo, que hemos transcrito hace un momento. Con arreglo á él, para probar una persona que es poseedor, le bastará demostrar la existencia de uno de esos actos á que *sólo* da derecho el dominio, y además que lo ha realizado á nombre propio. De manera, pues, que nuestro Código exige algo más que el Código Francés, pero ese algo más, no es la prueba del *animus domini*, porque éste no es posible probarlo. Como se ve, nuestro código adopta también la división de la posesión en parte positiva y en parte negativa.

Diremos para terminar estas ligeras consideraciones sobre la obra del gran jurisconsulto alemán, que si nuevas investigaciones compro-

baran en lo futuro la exactitud de su crítica, lo que correspondería sería suprimir el requisito del *animus domini* de todos los códigos. No basta, al decir esto nos referimos al sistema actual del Código Francés, salvar las dificultades prácticas de un principio erróneo, para que éste pueda subsistir en las leyes.

Pero á pesar de esa supresión, siempre le quedará á Savigny, como sostiene el mismo Yhering, «la gloria de haber restaurado en la dogmática del derecho civil el espíritu de la jurisprudencia romana». Siempre se podrá decir de él, con un autor distinguido, «que se hizo roma-« no para interpretar las leyes de Roma.»

15.—¿La posesión es un hecho ó un derecho? Esta cuestión ha dividido profundamente á los jurisconsultos, principalmente en Alemania.

Los que afirman que la posesión es un hecho, se fundan en dos argumentos principales. Primero, en que el poseedor preferido es el que detiene actualmente; porque si un tercero le arrebata la cosa pierde, sin duda, su derecho; lo que demuestra que la posesión no es más que un purohecho *momentáneo*. Y segundo, en que la posesión puede adquirirse por un acto ilícito. Es un acto ilícito apoderarse de la cosa de otro. Sin embargo, por él se obtiene la posesión, lo que comprueba igualmente que ella no puede ser un derecho. *Imposibile est ut ex injuriâ jus oriatur.*

Es más fácil sostener esta tesis en derecho romano que en el nues tro. Como se sabe, aquel derecho, tratándose de acciones posesorias, mantenía en la posesión al poseedor actual y no al poseedor anual. A pesar de eso, muchos comentaristas sostienen dentro del derecho romano, la existencia de un *jus possessionis.*

Pero contestemos á los dos argumentos indicados. No se puede afirmar que la posesión es un puro hecho momentáneo, desde que el poseedor privado de la posesión, ó turbado en ella, puede pedir que se restablezca el estado anterior por medio de las acciones posesorias. Ahora bien: ¿hay acciones sin derechos que les sirvan de base? No. Todos los tratadistas de derecho procesal dicen que una de las condiciones necesarias para el ejercicio de las acciones, es la existencia de los derechos.

No es más exacto el segundo argumento de los que sostienen que la posesión es un hecho. No puede afirmarse que la posesión nazca de un delito. Si cada uno de los actos del nuevo poseedor, á que se refieren, fuera un delito, sería absurdo que la ley los castigara con una pena y que les acordara al mismó tiempo, el beneficio de un derecho de posesión. Pero no es eso lo que pasa habitualmente. Aun cuando la posesión haya empezado por la violencia, se continúa por actos pacíficos, no reprobados por la ley, y es sólo á partir de estos actos que ella comienza á ser útil. Por eso dice nuestro Código Civil, que los actos de violencia no pueden servir de fundamento, ni para la posesión ni

para la prescripción. Agregando que la posesión útil no principia hasta que ha cesado la violencia. El carácter delictuoso de la usurpación desaparece con el tiempo, se pierde en la continuidad del goce tranquilo.

Belime y Marcadé sostienen, que la posesión es un *hecho* en su origen, pero que se convierte en un *derecho* cuando ha durado un año completo, con las condiciones requeridas por la ley.

Molitor y Wodon dicen que la posesión es, á la vez, un *hecho* y un *derecho*. Un *hecho* con relación á su esencia, un *derecho* con relación á sus efectos.

A nosotros nos parece que toda posesión, con tal que no sea viciosa, es un derecho. En cuanto á la posesión de un año no hay duda alguna. «El que, dice el inciso 3.º del artículo 624 del Código Civil, ha « poseído tranquila y públicamente por un año completo, sin interrup- « ción, adquiere el *derecho de posesión.*»

La posesión de menos de un año es también un derecho, desde que produce efectos jurídicos. Un estado de hecho al cual, como dice Baudry Lacantinerie, «la ley concede muchos efectos jurídicos», es un derecho.

Troplong no niega que un derecho nazca de la posesión, pero afirma que ese derecho no es propio de la misma. Sin duda, dice, donde se encuentra una acción se encuentra un derecho, y no se puede negar que en la posesión anual existe un derecho, desde que ella engendra acciones posesorias. Mas ese derecho no está donde se le ha creído encontrar, no está en la posesión, sino en la *propiedad* que esa posesión hace presumir. Todo lo que la ley coloca en la posesión, es una *presunción*, es decir, un *razonamiento*. No es más que como hecho exterior, que sirve de manifestación á la *propiedad*, que la posesión tiene un valor jurídico: la posesión es el *hecho*, la propiedad es el *derecho.*

Estas ideas habían sido expuestas antes de Troplong, por Thibaut en su «Derecho de las Pandectas». Las sigue el comentarista chileno Chacón al tratar de la posesión en los comentarios al Código Civil de su patria.

Belime que considera justas las observaciones de Troplong, dice para sostener que no hay *jus possessionis*, sino un *jus domini*, que el hecho de la posesión hace presumir provisoriamente: «Supongamos un « instante que el demandante en juicio posesorio reconoce no ser pro- « pietario de la cosa, que conviene que la propiedad pertenece á su « adversario, pero que, á pesar de eso, pretende hacerse reintegrar por- « que ha estado en posesión por más de un año. ¿El juez sentenciará « en su favor? No habrá persona que no responda negativamente. Es « la prueba acabada de que no hay un *jus possessionis*, nacido sólo « de la posesión y no sacando su fuerza sino de ella.»

Refutando á Troplong hace notar en primer termino Marcadé la contradicción que hay entre la teoría de aquel comentarista y las pala-

bras del mismo, según las cuales *la idea capital de la materia es reglar las cosas abstracción hecha de la propiedad.* A continuación se pregunta si es la propiedad el objeto del juicio y la base de la acción, si por consecuencia esas acciones son *petitorias*, y todo se reduce al petitorio, ¿ por qué la ley separa de una manera tal el petitorio del posesorio que no permite acumularlos jamás ? ¿ Si la cuestión es una cuestión de propiedad, por qué el juez en el caso de que el demandado quiera combatir la posesión del demandante por títulos que comprueban su dominio, se lo prohibe, diciéndole que no tiene derecho para hablar de propiedad ?

Nos inclinamos á la opinión de Marcadé. El que al poseedor se le presuma propietario, no se opone á que se considere el derecho de posesión como un derecho distinto del derecho de propiedad. Esa presunción fundada sobre lo que pasa habitualmente, favorece al poseedor en el juicio reivindicatorio.

En el ejemplo de Belime la solución que debe dar el juez, aplicando estrictamente nuestra ley, sería contraria á la propuesta por aquel tratadista. El Código Civil en su art. 640, dice que: « En los juicios posesorios no se tomará en cuenta el dominio que por una y otra parte se alegue. » El Código de Procedimiento Civil, en su art. 1179, refiriéndose al juicio sobre conservar la posesión, dispone que: « En este juicio sólo se admitirán las pruebas que tengan por objeto « acreditar el hecho de la posesión ó no posesión del que haya pro- « movido el juicio. » El 1180 del mismo Código dice que: « La sen- « tencia deberá limitarse á amparar en la posesión al que así lo ha- « ya solicitado, ó declarar que no ha lugar al amparo. » Y el 1181 que: « Cualquiera que sea la sentencia, se entenderá siempre sin « perjuicio de las acciones de dominio que puedan corresponder al « vencido, con arreglo á derecho».

Una solución contraria á la de Belime se impone dentro de las disposiciones transcritas. El hecho de que el demandante en el juicio posesorio, reconozca la propiedad del demandado no tiene importancia en ese juicio, desde que en él sólo se trata de la posesión. Podrá tenerla en el juicio reivindicatorio que entable después el poseedor vencido. Luego, pues, si el demandante logra probar que estaba en posesión de la cosa, y que fué despojado de ella por el demandado, el juez, por regla general, deberá hacerlo reintegrar en la posesión.

16.— ¿ El derecho de posesión es un derecho real ó personal?

Para Savigny la posesión es un derecho personal. Afirma que ella no da nacimiento á ninguna acción *in rem*, apoyándose en un fragmento de Ulpiano que declara todos los interdictos *personales*. El indicado autor refiere los efectos de la posesión á los delitos y á los cuasi-delitos. Enseña, también, que la posesión debe colocarse entre las obligaciones.

Otros reconociendo que la posesión es un derecho, sostienen que no es derecho real, ni personal. Protestan contra la división en derechos reales y personales, porque muchos derechos no entran, según ellos, ni en el *jus in re*, ni en el *jus in personam*. La posesión se encuentra en este caso.

Belime y Boissonade afirman que la posesión es un derecho real. Se fundan en que lo que más distingue el derecho real del personal es que este último, sólo da acción contra una persona determinada, que se obligó respecto de nosotros; mientras que el derecho real permite ir contra toda persona indistintamente. Este último carácter tiene la posesión, desde que el poseedor puede dirigir la acción contra todo el que pretenda turbarlo.

Esta opinión nos parece la más razonable. El art. 1176 del C. de Procedimiento Civil dice que: «Para que pueda entablarse la acción « sobre conservar la posesión, se requiere: 1.º Que el que la intente « se halle en actual posesión; 2.º Que se haya tratado de inquietarlo « en ella por actos materiales que se expresarán en la demanda.» Y el artículo siguiente, el 1177, dispone que: «Entablada la demanda, el Juez convocará á juicio verbal *al actor y al que éste pretenda que lo inquieta en la posesión.*» El artículo 1184 del mismo Código dice que: « La acción para ser restituído en la posesión, puede dirigirse no « sólo contra el usurpador, sino contra toda persona cuya posesión « se derive de la del usurpador por cualquier título.»

Se ve, pues, que en nuestro derecho, la posesión tiene el mismo carácter á que se refieren Belime y Boissonade. El poseedor puede dirigir su acción contra todo el que lo perturbe ó lo despoje.

Tal es la solución que damos dentro del sistema de nuestro Código. Pero si él aceptara, como el proyecto de Boissonade, la posesión de toda clase de derechos, habría que tener muy en cuenta que la posesión de un crédito no es un derecho real.

17.—Distingamos entre la *posesión, el derecho de posesión* y *el derecho de poseer*.

La *posesión*, aún en su origen, es, como hemos dicho, un derecho, desde que produce efectos jurídicos. Pero ella, prolongándose un año completo, da nacimiento á lo que llama nuestra ley *derecho de posesión*. El goce pacífico durante ese tiempo, hace presumir que el que posee es propietario del derecho de posesión, que tiene derecho á poseer la cosa.

Es de suponer, además, que si el propietario no se ha opuesto, en el tiempo indicado, á la posesión, es porque reconoce en el poseedor el derecho á retenerla.

El *derecho de poseer* corresponde solamente al propietario. Puede subsistir según el artículo 443 de nuestro Código Civil: «sin la *pose-*

sión y aún sin el *derecho de posesión*». Así por ejemplo, un propietario es despojado de la posesión de su cosa; aunque conserve el *derecho de poseer*, el que tiene la *posesión* es el usurpador. Si éste posee tranquila y públicamente por un año completo, sin interrupción, adquiere el *derecho de posesión*. Pero aunque en el caso el propietario no tenga la *posesión* ni el *derecho de posesión*, conserva el *derecho de poseer*, que es, según el artículo 440 del Código Civil, uno de los atributos del dominio.

18.—¿Dos personas pueden poseer la misma cosa al mismo tiempo? No se trata aquí, naturalmente, de discutir si varias personas pueden poseer proindiviso la misma cosa. Esto nadie lo discute. La ley reconoce como legítimo semejante estado, en el caso de los herederos.

Lo que se discute es si es posible la *possessio plurium in solidum*, es decir, si la posesión puede pertenecer á muchos de manera que cada uno la tenga á nombre propio y por el total.

Tratando esta cuestión, dice Savigny: «Si es preciso admitir que « muchos puedan poseer una sola y misma cosa, es claro que eso no « puede tener lugar sino por medio de una ficción jurídica.

« La noción primera de la posesión natural, encierra la facultad fí- « sica de disponer *exclusivamente* de la cosa. Tal es la posesión de « una pieza de plata que se tiene en la mano. Es claro que tal pose- « sión no puede ser atribuída á más de una sola persona. Mas la po- « sesión es considerada como un derecho, y á este título es, muchas « veces, el efecto de una ficción. Así, el poseedor de una cosa se pre- « sume continuar poseyéndola, aún cuando haya salido de ella sin to- « mar ninguna medida conservatoria.

« Es sobre una ficción de ese género que debe basarse la posesión « simultánea de muchos, porque la idea originaria de la posesión ex- « cluye esa pluralidad de personas. Entonces, la cuestión que nos « ocupa debe formularse de la manera siguiente: ¿Existe una ficción « jurídica en virtud de la cual muchas personas puedan ser conside- « radas como poseedoras simultáneas de una sola y misma cosa?

« Sobre esta cuestión, los jurisconsultos romanos están divididos en « dos escuelas. Los unos, Sabeon y Paulo, niegan de una manera ab- « soluta la posibilidad de semejante posesión. Los otros, Trebacio, « Sabino y Juliano, admiten esa posesión, pero solamente en el caso « de que una persona tenga la *justa possessio* y la otra la *injusta possessio* ».

La primera opinión fué la más generalmente aceptada, y la adoptó Justiniano como regla general. Se la formuló de la siguiente manera: *plures eandem rem in solidum possidere non possunt.*

El fundamento de esta regla se encuentra en el siguiente texto de Paulo: « Tal concurso de muchas personas, dice Paulo, es imposible, « porque toda posesión se basa, sea sobre una detención real, sea so-

« bre la ficción jurídica de semejante detención. Ahora bien, una ficción jurídica no puede admitirse sino cuando el hecho supuesto no es imposible en sí mismo, y como no es posible que muchas personas detengan realmente una sola y misma cosa, ninguna ficción jurídica puede hacer desaparecer esa imposibilidad ».

Belime, por el contrario, sostiene que no es exacto que no se pueda suponer la posesión de una cosa como perteneciente al mismo tiempo á varias personas. Sería esto cierto, agrega, si no fuera posible poseer los objetos nada más que por una detención corporal inmediata. Pero sabemos que se posee por la intención manifestada por algunos actos de goce más ó menos frecuentes. Luego, no es imposible que dos personas hayan hecho durante mucho tiempo actos de goce, creyéndose los dos propietarios, é ignorando cada uno los actos de goce del otro. Si ambas partes prueban una posesión igual, nada se opone á que el juez reconozca á las dos como poseedoras y á que las mantenga en la posesión concurrentemente.

Nos parece errónea esta opinión de Belime. No concebimos que dos personas sean poseedoras al mismo tiempo de la misma cosa, por el hecho de realizar de vez en cuando actos de goce sobre ella, con la creencia de que son propietarios. Entendemos que cada nuevo acto de goce interrumpe la posesión del otro poseedor, y hace adquirir una nueva al que lo ejecuta. Luego, no hay más que una sola posesión: la del que realizó los últimos actos de goce. Debemos, pues, concluir que dos personas no pueden poseer simultáneamente la misma cosa, por el todo y con respecto á la misma relación.

Es claro que pueden tener simultáneamente la posesión de la cosa desde dos puntos de vista diferentes. Belime cita el caso en que una persona tenga la posesión *animus domini* y otra la detención, á título de arrendataria. Creemos que el ejemplo no es aplicable. No hay en él dos personas que tengan la posesión de una cosa. No hay nada más que un solo poseedor, que es el arrendador, el arrendatario sólo tiene la *mera tenencia*.

Más aplicable nos parece el caso de los que tienen el derecho de uso, de habitación ó de usufructo, los cuales son poseedores de sus respectivos derechos, al mismo tiempo que el propietario posee la cosa sobre la cual aquéllos se ejercen.

19.—Ocupémonos en las divisiones de la posesión.

La distinción clásica por excelencia de esta materia, y que ha sido tomada del derecho romano, es la que distingue entre posesión civil y posesión natural. Los comentaristas del derecho romano no se han puesto de acuerdo sobre el significado de esas palabras. Según algunos, posesión civil es la que se funda en un título, y posesión natural la que no se basa en él. Otros, como Dunod, llaman posesión natural al hecho ordinario de detener con ánimo de dueño, y posesión civil

la del que, cesando de cultivar su heredad retiene, á pesar de eso y en virtud de una ficción de derecho, la posesión, porque él abriga la idea de conservarla. Según otros, posesión civil es la del dueño que posee por intermedio de su arrendatario, y posesión natural la del que posee por sí mismo.

Savigny para explicar el objeto de la distinción, parte del sentido que tenía en Roma la palabra *civilis*. Esta palabra encierra dos significados. En general designa el derecho privado por oposición al derecho criminal. En segundo término, en el derecho privado, indica todo lo que es producto de una *lex*, de un *senatus consultus* ó del derecho consuetudinario, excluyendo lo que tenía origen en el *jus gentium* ó en el derecho pretoriano. Ahora bien, los romanos llamaron instituciones de derecho civil á aquellas que sólo protegían á los ciudadanos romanos, é instituciones de derecho natural á aquellas cuyos beneficios se extendían, también, á los extranjeros. La posesión producía dos efectos principales: la usucapión y los interdictos. La primera era una institución de derecho civil: la ley de las doce Tablas negaba á los extranjeros los beneficios de la misma. Los interdictos, al contrario, eran de derecho natural porque toda persona, fuera ó no romana, podía intentarlos. De aquí que los jurisconsultos llamaran posesión civil á la que producía el efecto civil: es decir la usucapión ó la prescripción; y posesión natural á la que daba el derecho de ejercer los interdictos. La primera requería título y buena fe, la segunda sólo detener la cosa *animo domini*. Otras veces empleaban el término posesión indicando la detención, y le agregaban la palabra natural para hacer notar que no se trata de una posesión legal y verdadera. La palabra posesión natural tenía pues dos sentidos. En un sentido general indicaba hasta la detención. Mas cuando se oponía á la posesión civil sólo se aplicaba á la posesión propia para engendrar los interdictos.

Según Yhering las expresiones posesión natural y posesión civil tenían doble significado. Llamaron posesión natural á la detención y se sirvieron de la misma designación, para indicar la *corporalis possessio* opuesta al *animo possidere*. La expresión *possessio civilis* designaba la relación posesoria jurídicamente protegida y los casos en que el derecho admite la posesión á pesar de la ausencia de *corporalis possessio*.

Los códigos modernos unos aceptan y otros no, esa división romana de la posesión. No la adoptan: el nuestro, el Código Alemán, el Francés, el Argentino, etc. La siguen entre otros, el Código Civil Español, el Chileno y el proyecto de Boissonade. El Código Chileno llama á la posesión civil regular y á la natural irregular.

Pero el significado de la división en estos códigos es completamente distinto. Boissonade llama posesión civil á la posesión protegida y garantida por la ley, y posesión natural á la que es un puro hecho que la ley no garantiza, ejemplo: el caso de posesión de una cosa de dominio

público. A la posesión del que detiene una cosa ó ejerce un derecho en nombre, ó por cuenta de otro, la denomina precaria. El artículo 430 del Código Civil Español llama posesión natural á la tenencia de una cosa ó al disfrute de un derecho por una persona. Posesión civil á la tenencia ó disfrute unidos á la intención de haber la cosa ó derecho como suyos. El artículo 702 del Código Chileno llama posesión regular la que procede de justo título y ha sido adquirida de buena fe. Y posesión irregular á la que carece de uno, ó más, de los requisitos señalados en el artículo 702. El Código Civil no podía adoptar la división romana desde que no existe en nuestro derecho, el motivo que da Savigny para explicarla. Toda posesión, según nuestra ley, puede conducir á la prescripción. Sea de buena ó de mala fe, con título ó sin él, la posesión produce efectos civiles. La distinción romana entre posesión civil y natural no tiene fundamento dentro de nuestro Código. No hay en él más que una sola posesión, con efectos jurídicos distintos según sus condiciones y caracteres.

En cuanto al uso, hecho por algunos códigos modernos, de las palabras posesión civil y natural, nos adherimos á la crítica de Troplong. Esas palabras parecen indicar un antagonismo entre el derecho civil y el derecho natural. Sin embargo, todos sabemos que el derecho civil debe fundarse en el derecho natural. ¿Hay algo de más natural, colocándonos dentro del Código Español y del Proyecto de Boissonade, que la posesión del que detiene la cosa con la intención de haberla como suya?

En el caso de ser necesaria alguna división en la materia lo más razonable es abandonar la vieja nomenclatura romana y adoptar, como el Código Chileno, otra nueva.

20.—Se divide también la posesión en posesión de buena fe y posesión de mala fe «Se llama poseedor de buena fe, dice el artículo 668 « del Código Civil, el que lo es en virtud de un título traslativo de do- « minio cuyos vicios ignora. Es poseedor de mala fe aquel á quien cons- « ta que le falta título para poseer ó que el que tiene es vicioso ó insufi- « ciente.» Es importante esta división desde el punto de vista de restitución de los frutos y de las expensas á que tiene derecho el poseedor por las mejoras y construcciones realizadas en la cosa.

21.—Se divide por último la posesión en viciosa y no viciosa. Según nuestra ley son posesiones viciosas la violenta y la clandestina. Posesión violenta es la que se adquiere ó se mantiene por la fuerza. La fuerza puede ser física ó moral, actual ó inminente. Posesión clandestina es la que se ejerce ocultándola á los ojos de los que tienen derecho para oponerse á ella. Tiene importancia también esta clasificación porque, según nuestro Código, los actos de violencia no pueden servir de fundamento para la posesión ni para la prescripción.

22.—¿Qué cosas son susceptibles de posesión? En Roma el objeto de la posesión debía estar *in commercio*, ser corporal y poder ser materia

del derecho de propiedad. Tanto los muebles como los inmuebles podían ser el objeto de la posesión. No había posesión de cosas incorporales.

Después el derecho pretoriano extendió el beneficio de la posesión á las cosas incorporales, á las diversas especies de derechos reales y principalmente al usufructo y á las servidumbres. La posesión de estos derechos reales se llamaba *quasi possessio*, y el pretor acordaba para la protección de la mayor parte de ellos, interdictos posesorios particulares. Esta *quasi possessio*, dice Wodon, se adquiría y se perdía de la misma manera que la posesión propiamente dicha. Ella no difiere de la posesión real sino porque el poseedor, en el caso, no posee nada más que un desmembramiento del derecho de propiedad.

Los intérpretes del derecho canónico y de la jurisprudencia medioeval, extendieron el beneficio de la posesión á toda especie de derechos, aún á los derechos personales y los derechos de familia.

Por otra parte el derecho consuetudinario sentó el principio: «*vilis* « *est rerum mobilium possessio*», de donde sacó el otro principio tan conocido de que en *heeho de muebles la posesión vale título.* La posesión, por consecuencia, para los muebles es inútil, porque toda cuestión sobre posesión de ellos se confunde con la cuestión de propiedad. El derecho francés suprimió toda clase de acción posesoria para los muebles.

El Código Napoleón, siguiendo las ideas del derecho francés anterior, y separándose sólo en esto, del derecho romano, eliminó las cosas muebles del dominio de la posesión jurídica. La *quasi possessio* sólo la aplica el derecho francés á los derechos reales sobre inmuebles.

Nuestro Código Civil admite que se puede poseer tanto las cosas muebles como las inmuebles, pero sólo las últimas dan lugar á acciones posesorias. Admite también la posesión de derechos reales constituídos sobre inmuebles. Su artículo 633 dice que: «Las acciones po- « sesorias se dirigen á conservar ó á recuperar la posesión de bienes « raíces ó derechos reales constituídos en ellos.»

Puede concluirse, pues, con Wodon, que en el derecho moderno, la posesión sólo se aplica por regla general, á las cosas corporales, inmuebles, que están en el comercio, y á los derechos reales que recaen sobre ellas.

Los códigos y proyectos de nuestros días, por ejemplo el Código Civil Español y el proyecto de Boissonade, admiten la posesión de todas las cosas corporales, sin distinguir entre muebles é inmuebles. Y esto es lo lógico, no se ve motivo alguno para negar la protección posesoria á las cosas muebles. Lo de que se niega acción posesoria á los muebles por su menor valor, es cosa que nadie se atreverá á sostener en nuestro tiempo.

Pero el código y el proyecto citados van más allá. Admiten la po-

sesión, no sólo de los derechos reales, sino también de toda clase de derechos. Tratándose de derechos reales, no hay duda ninguna. Podrán algunos de ellos no producir todos los efectos de la posesión, pero no se puede negar que ésta es posible á su respecto. Mas el caso se difícil de resolver cuando se trata de derechos personales.

¿La posesión, puede aplicarse á los créditos ó derechos personales? Sobre esta cuestión dice Garsonnet: «No se admite generalmente en« tre nosotros que la posesión exista en materia de créditos, porque el « solo acto de goce que se puede realizar con relación á ellos, es reci« bir el pago que los extingue. Los créditos no son susceptibles de « una posesión durable y de actos de disposición que pueden renovar« se. Por otra parte si ellos pudieran ser poseídos por un tercero que « no fuera el acreedor, el pago hecho al primero que llegue, sería váli« do, consecuencia que basta para condenar el principio. Ella no es « aceptada ni aún para los créditos constatados por un título á la or« den, sólo en los créditos constatados por un título al portador, el « deudor puede pagar válidamente al portador, cualquiera que sea. « Es verdad que el artículo 1240 del Código Civil, declara válido el pa« go hecho, de buena fe, al poseedor del crédito, pero hay que enten« der por poseedor del crédito á aquél que pasa por ser acreedor, el « acreedor putativo, por ejemplo, el heredero aparente que se hace « pagar el monto de los créditos hereditarios. Ahora bien, el acreedor « putativo, es tan poco poseedor, en el sentido ordinario de esta pa« labra, que puede muy bien poseer el crédito sin tener el título que « lo constate. Aún el crédito que tenga por objeto prestaciones « sucesivas, como el del arrendador, no puede ser poseído, porque cada « una de esas prestaciones hace el objeto de un crédito distinto, que « se consuma por un solo acto. La posesión no se concibe, luego, en « materia de créditos, sino para aquellos que siendo productivos de « intereses ó de rentas, puedan dar lugar á actos de goces repetidos. « Diferida la cuestión de validez del pago, las acciones posesorias se« rían el único efecto de esa posesión. Por eso el antiguo derecho ad« mitía las acciones posesorias en materia de rentas sobre tierras, por« que ellas eran inmuebles. Mas hoy día, que todas las rentas son « muebles (Código Civil, artículo 529), las acciones posesorias no pue« den ser aceptadas, no tanto porque la idea de posesión sea extraña « á esos créditos, sino porque no hay acciones posesorias en materia « mobiliaria. Así se puede comprender el ejercicio de estas acciones « cuando se trata de créditos productivos de intereses, ó de rentas, y « que están además inmovilizados, como las rentas sobre el Estado y « las acciones del Banco de Francia. Mas ésta idea no ha prevale« cido en el derecho actual y es de doctrina y jurisprudencia constante, « que ningún crédito es susceptible de posesión y que, por consecuen« cia, no puede dar lugar á acciones posesorias.»

El Código Civil Español y el proyecto de Boissonade, aceptan la posesión aún de los derechos personales. (Manresa cita el caso curioso de haberse entablado en España un interdicto para recobrar la posesión de los servicios de una tiple, que había limitado su voluntad comprometiéndose á cantar en determinado teatro. Es claro, que esto no es legal, desde que las obligaciones de hacer sólo dan lugar en caso de no ejecutarse, á indemnización de daños y perjuicios). «Para con« cebir la cuestión, dice Boissonade, hay que suponer que se compra « un crédito que no pertenece al cedente, y que en seguida el cesiona« rio hace actos de posesión, por ejemplo, cobrando los intereses. Si el « crédito no produce intereses, los actos de posesión no tendrán la con« tinuidad que se requiere para producir los efectos ordinarios inheren« tes á la posesión de las cosas corporales. Al contrario, si hay una ó « muchas percepciones de intereses, se puede aceptar que esos intere« ses sean adquiridos por el poseedor de buena fe del crédito. Se pue« de ir más lejos, y aceptar que el poseedor del crédito se convierta « en titular legítimo, después del tiempo de la prescripción.»

Como se ve, tanto Boissonade como Garsonnet, entienden, que sólo puede hablarse de posesión de créditos, cuando se trate de créditos productivos de intereses. Y esto es lo razonable. Esos créditos son los únicos que pueden dar lugar á actos de goce repetidos, á esa continuidad necesaria para producir los efectos ordinarios de la posesión. Podía pues aceptarse en la ley la posesión de los créditos que producen intereses sucesivos.

Nos parece razonable que nuestro Código no haya aceptado la denominación de cuasi posesión, para la posesión de los derechos. Si esta distinción, como lo sostiene un autor. tenía importancia en Roma, no la tiene en nuestros días. Tanto la posesión como la cuasi posesión, están sometidas á las mismas reglas. El artículo 621 del Código Civil dice que: «La posesión, es la tenencia de una cosa ó el goce de un de« recho por nosotros mismos, con ánimo de dueños, ó por otro en nom« bre nuestro.»

Hay además, otra razón fundamental para no aceptar aquella denominación. Las cosas, desde el punto de vista jurídico, no pueden considerarse independientemente de los derechos que tenemos sobre ellas. Los únicos bienes son los derechos. La posesión, como dice muy bien Baudry-Lacantinerie,—no es más que el ejercicio de un derecho, en realidad no es la cosa la que se posee, sino el derecho que se tiene, ó se pretende tener sobre ella. No puede, pues, distinguirse entre la posesión que se ejerce sobre las cosas y la que se ejerce sobre los derechos.

Diremos para terminar esta materia, que las universalidades jurídicas no son susceptibles de posesión. Así por ejemplo: una herencia, en su conjunto, como universalidad de derecho, no puede ser po-

seída. Cuando nuestro Código Civil dispone en su artículo 1014 que: « Por el hecho sólo de abrirse la sucesión, la propiedad y la posesión « de la herencia pasa de pleno derecho á los herederos del difunto », quiere decir que la propiedad de los objetos que componen la herencia y la posesión de los que el difunto poseía, pasan de pleno derecho á sus herederos. Esas palabras de la ley se refieren á los bienes que componen la herencia y no á la herencia misma.

23.—Hay personas que son á la vez poseedoras y mero tenedoras de las cosas. Por ejemplo, el usufructuario. El usufructuario posee la nuda propiedad de la cosa para el propietario y no para sí mismo. Pero posee para él, el derecho de usufructo, el derecho de gozar de la cosa. De él, y no del propietario, es el *jus in re utendi fruendi.*

De aquí resulta que, por un lado, en cuanto á la nuda propiedad, es mero tenedor porque detiene para el dueño, y, por otro lado, con respecto al usufructo es poseedor deteniendo para sí y en su nombre personal. En iguales circunstancias se encuentran el usario y el que tiene el derecho de habitación.

Nuestro Código Civil reconoce expresamente, en su artículo 642, al usufructuario, al usuario y al que tiene el derecho de habitación la facultad de ejercer, por sí, las acciones y excepciones posesorias dirigidas á conservar, ó á recuperar, el goce de sus respectivos derechos

24.— Dice por último nuestro Código que la tenencia de una cosa, ó el goce de un derecho, puede ser por nosotros mismos ó por otro en nombre nuestro. Esto no es más que la aplicación de la doctrina que enseña que, por regla general, todos los derechos civiles pueden ejercerse por delegación. La teoría de Troplong, según la cual, en el derecho francés, no se puede distinguir entre los que poseen para sí y los que poseen para otro porque ambos son poseedores, teoría cuya falsedad aún dentro de aquel Código ha demostrado acabadamente Marcadé. no tiene cabida en nuestro derecho. Él la ha suprimido, llamando á los que poseen para otro no poseedores precarios, sino mero-tenedores, y agregando que la posesión es de la persona de quien la cosa tienen.

25.— Teniendo presente lo que hemos expuesto en el curso de todo este capítulo, nos parece que puede aceptarse como la más completa la definición que de la posesión da Boissonade en su proyecto de código: « La posesión es el ejercicio de un derecho que se tiene ó se « pretende tener sobre una cosa ó contra una persona. »

CAPÍTULO II

Fundamento de la protección posesoria

26.— Es este uno de los puntos más debatidos de toda la teoría posesoria. Yhering, el gran jurisconsulto alemán, ha escrito un libro sobre él, obra que nos servirá de guía para la exposición de las diversas doctrinas.

El interés del tema no es solamente teórico, sino también práctico, porque aplicando un criterio ú otro, se resuelven de distinta manera las cuestiones, tan discutidas, sobre adquisición, continuación y pérdida de la posesión.

27.— Yhering divide las teorías que tratan de explicar ese problema en dos grupos: teorías absolutas y teorías relativas.

Las teorías relativas buscan el fundamento de la protección posesoria no en la posesión, sino en motivos, instituciones y preceptos jurídicos extraños á ella. Las teorías absolutas lo encuentran en la posesión misma. Dentro de esos dos grupos caben diversas doctrinas; citaremos algunas de las más importantes:

TEORÍAS RELATIVAS

La protección posesoria no tiene su fundamento en la posesión misma, sino

1.º En la interdicción de la violencia (Savigny.)

2.º En el gran principio de derecho según el cual « nadie puede vencer jurídicamente á otro, si no tiene motivos preponderantes en qué fundar su prerrogativa.» (Thibaut.)

3.º En la *propiedad*, la posesión es protegida:

(a) Como propiedad probable ó posible (opinión antigua).
(b) Como complemento necesario de la protección de la propiedad. (Yhering).

TEORÍAS ABSOLUTAS

La posesión es protegida por sí misma, en atención á que:

1.º Es la *voluntad* en su encarnación real (Gans, Puchta y Bruns).

2.º «Sirve como la propiedad al destino universal del patrimonio, á la satisfacción de las necesidades de la humanidad por medio de las cosas» (Stahl).

28.— Savigny funda en estas consideraciones su teoría. Según él,

no siendo la posesión un derecho, la perturbación de ella no es un acto contrario al derecho, para que tome ese carácter se requiere una perturbación violenta. Toda violencia es injusta y es contra tal injusticia que se dirige el interdicto. Los interdictos posesorios suponen un acto injusto. El poseedor tiene derecho á exigir que nadie lo perturbe violentamente.

Esta teoría, dice Yhering, que pretende ser la teoría romana, está en completa contradicción con la misma. Atribuye al pretor la creación de acciones penales. Estas acciones eran superfluas al lado de las introducidas, ya, por el derecho civil. No se concedían á quienes debieran otorgarse, según los principios referentes á las acciones; y se concedían á quienes debieron negarse, con arreglo á los indicados principios. Por último exceptuando una sola acción, en ninguna otra puede descubrirse el más leve rastro de un delito.

Apesar de la falsedad, demostrada por Yhering, de esa teoría en el derecho romano, podemos preguntarnos si dada la influencia innegable ejercida por la obra de aquel jurisconsulto en la legislación moderna, no ha sido seguida por nuestros Códigos Civil y de Procedimiento.

Si nuestra ley hubiera adoptado la doctrina de Savigny sólo concedería acciones posesorias cuando la turbación fuere violenta. Sin embargo el artículo 1176 del C. de Procedimiento dispone que para que pueda entablarse la acción sobre conservar la posesión se requiere: « 1.º Que el que la intente se halle en actual posesión, y 2.º Que se « haya tratado de inquietarlo en ella por actos materiales que se expre- « sarán en la demanda. » No exige, pues, para iniciar esa acción, que los actos materiales se ejecuten con violencia. Tratando de la acción para recobrar la posesión requiere, entre otras cosas, el artículo 1185 del indicado Código, que el demandante haya sido despojado con violencia ó clandestinamente de la posesión. Basta el despojo clandestino, en contra de la teoría de Savigny no se exige siempre la violencia.

Parece lógico, también, que si las acciones posesorias tuvieran un carácter penal sólo se entablasen contra los usurpadores desde que no hay nada más personal que la pena. Sin embargo el artículo 1184 del Código de Procedimiento dice que: « La acción para ser restituído en « la posesión puede dirigirse no sólo contra el usurpador, sino contra « toda persona cuya posesión se derive de la del usurpador por cual- « quier título. »

Lo que demuestra, por último, que en nuestro derecho hay completa independencia entre las acciones posesorias iniciadas en los casos de perturbación con violencia, y la pena que merezcan estos actos es lo dispuesto por el artículo 1172 del mismo Código: «El que ha sido turbado en su posesión ó privado injustamente de ella, tiene derecho para pedir que se le ampare ó restituya con indemnización de costas,

costos, daños y perjuicios, y salva la pena de la ley contra los actos de violencia cometidos con armas ó sin ellas. »

29 — Thibaut funda la protección posesoria en lo siguiente: « Es, « dice, un principio imperativo y necesario para la razón que nadie « puede vencer jurídicamente á otro, si no tiene motivos preponderan- « tes en qué fundar su derecho; de lo cual resulta que un estado « de cosas puramente de hecho en sí, adquiere la más alta importan- « cia, por cuanto lleva á esta regla según la cual todo aquél que ejerce « de hecho un derecho, debe ser mantenido en este estado de hecho « hasta que otro haya demostrado tener un derecho mejor. »

Yhering critica de esta manera la teoría de Thibaut: «Si la posesión es « simplemente un *estado de hecho* ¿por qué es preciso un *derecho* « preeminente para hacerla cesar? Un estado de hecho nace y pasa sin « que el derecho tenga nada que ver con él.»

Más adelante agrega: «Pero admitamos, si se quiere, que la *preemi- « nencia del derecho* sea lo que decida. El arrendatario expulsado por un « tercero, que no tiene derecho alguno sobre la cosa, ni á la cosa, po- « see sin duda un «derecho mejor» que este último, en cuanto su estado « de hecho, á lo menos, descansa sobre una concesión obligatoria de « parte del verdadero propietario; ¿por qué entonces no es escuchado, « y por qué se le niegan los interdictos posesorios?»

Los argumentos de Yhering contra Thibaut son muy discutibles. Thibaut no dice que la posesión sea simplemente un *estado de hecho.* La posesión, creemos que esto se desprende de sus palabras trascritas, es para él *el ejercicio de hecho de un derecho.* El mismo Yhering lo reconoce. Al empezar su exposición y crítica de la teoría de Thibaut, dice: «El supuesto de que Thibaut parte en su teoría de la posesión, no es el hecho puro y simple, sino el *ejercicio del derecho*».

Si esto es exacto, si el hecho de la posesión es el ejercicio de un derecho, no puede preguntarse lógicamente por qué es necesario un derecho superior para hacerla cesar. Desde que se trata de dos derechos nada más justo, dentro de la teoría de Thibaut, que esa exigencia.

El segundo argumento de Yhering contra Thibaut no descansa tampoco sobre base segura. ¿Por qué, pregunta Yhering, al arrendatario expulsado por un tercero que no tiene derecho alguno sobre la cosa y que posee, sin duda alguna, un «derecho mejor» que este último, por qué no se le escucha y por qué se le niegan los interdictos posesorios?

En primer lugar no es exacto, que en el caso no se escuche al arrendatario. Tanto se escucha que algunos códigos, como el nuestro, permiten á los mero-tenedores despojados de la tenencia, pedir que se restablezcan las cosas en el estado en que antes se hallaban.

Pero, dice Yhering, se le niegan los interdictos posesorios. Y es justo que se le nieguen, desde que éstos tienen por fin proteger la posesión y por consecuencia sólo pertenecen á los poseedores. Ahora bien: los

arrendatarios no son poseedores. La posesión es, según las palabras de nuestra ley, de las personas de quien la cosa tienen.

Para nosotros el error de la teoría de Thibaut está en otra parte. Esa teoría explica por qué en el juicio posesorio vence el que tiene mejor derecho. Pero no es esto lo que se discute. Si la posesión es un derecho, debe de haber una razón que la justifique como existen los fundamentos del derecho de propiedad. Ese motivo es el que hace que se proteja la posesión. Él tiene que existir antes del juicio posesorio y aun sin ese juicio, como se encuentra el fundamento de la propiedad antes del juicio reivindicatorio.

No hace conocer, pues, la teoría de Thibaut lo que debiera enseñar.

30.—Según la teoría de la propiedad probable, que ha sido sostenida por tratadistas tan distinguidos como Aubry y Rau y Troplong, se protege al poseedor porque se le presume propietario de la cosa. El error de la misma, dice Yhering, está en que la razón que se alega tendría á su vez necesidad de ser motivada. Siempre queda por explicar lo siguiente: ¿por qué al poseedor se le presume propietario? «No basta para ello, « agrega, que el resultado de la estadística sea el de que en la mayoría « de los casos el poseedor es al mismo tiempo propietario, como no bas- « ta la estadística de la mortalidad para razonar una presunción res- « pecto de si determinada persona ha muerto, ya, á una edad dada ó si « vive todavía. El elemento de verdad en esta opinión consiste en la « idea de que en la posesión se trata de una prueba especial y más fá- « cil de la propiedad—así llamamos á la posesión en este sentido, pro- « piedad presunta, provisional, ó como Savigny, una sombra de la pro- « piedad;—pero después de haber sentado *este hecho*, aún no se ha indi- « cado el *fundamento* del mismo, ni la necesidad de facilitar la prueba».

En una palabra, para Yhering el error de esta doctrina está en citar la estadística como el *verdadero fundamento* de la protección posesoria, en lugar de invocarla simplemente en su apoyo.

Para nosotros la teoría de la propiedad probable encierra una parte de la verdad. Creemos que el hecho de que, en la generalidad de los casos, los poseedores sean los propietarios de las cosas, es uno de los motivos principales que ha tenido en cuenta el legislador para conceder la protección posesoria. Pero hay, además, otros. Al examinar la doctrina de Yhering, que no es más que un desenvolvimiento ulterior de ésta, veremos los casos que no explica la teoría en que nos ocupamos. Parte de la crítica que hacemos á la teoría de Yhering es aplicable á la teoría de la presunción de propiedad.

Dejando para el final del capítulo el ocuparnos en las doctrinas de Yhering y de Baudry-Lacantinerie, recordaremos algunas de las teorías absolutas. Empecemos por la teoría de la voluntad.

31.—«La detención de la cosa, dice Gans, considerada como acto de « la voluntad del sujeto, puede ya encontrarse en armonía con la «vo-

« luntad universal», es decir, con la ley—y en ese caso tenemos la *pro-*
« *piedad,*—ya descansar tan sólo sobre la «voluntad particular»—y en
« tal caso tenemos la *posesión;*—el motivo por el que la voluntad es
« reconocida y protegida, aun en esta última dirección, consiste en que
« la voluntad: en sí misma es un elemento sustancial que reclama pro-
« tección; la voluntad particular de la persona, cuando se aplica á las
« cosas, es un derecho y debe ser tratada como tal».

En sentir de Puchta: «la voluntad de una persona jurídicamente ca-
« paz debe, hasta cierto punto, ser reconocida en derecho, aun antes
« de haberse afirmado como justa, precisamente porque es la voluntad
« de una persona jurídicamente capaz, y que en tal supuesto es *posible*
« que sea justa. En la posesión se encuentra, por consiguiente, prote-
« gida la posibilidad del derecho, es decir, la capacidad jurídica; el de-
« recho de posesión no es más que una especie particular del derecho
« de la personalidad, el derecho de personalidad aplicado á la sumisión
« natural de las cosas».

Para Bruns: «La posesión no es un derecho como la propiedad, la
« obligación, etc., etc., sino un hecho, y este hecho es protegido contra
« la violencia, sólo porque es la manifestación positiva de la voluntad
« y en consideración á los derechos generales de la voluntad. Son,
« por tanto, la personalidad y la libertad de los hombres los que,
« ante todo y sobre todo, reciben en la protección de la posesión una
« plena consagración jurídica.»

Yhering sostiene que esta teoría de la voluntad no está, tampoco, de acuerdo con el derecho romano. Pero aún mismo fuera de ese derecho, nos parece insostenible. No creemos que pueda fundarse la distinción entre la propiedad y la posesión en que en la primera la detención de la cosa, considerada como acto volitivo, está en armonía con la voluntad universal,—es decir con la ley —y en la segunda la misma detención descanse solamente sobre la voluntad particular. Tanto la propiedad como la posesión deben de estar en armonía con la ley para que ésta las proteja. Sabemos por qué causas la ley protege la propiedad. Pero deseamos conocer por qué ampara también la posesión, ó para emplear los términos de la misma doctrina, por qüé motivo la voluntad es reconocida y protegida en la posesión.

No se nos figura contestación á esa pregunta el decir que el motivo está: «en que la voluntad en sí misma es un elemento sustancial que reclama protección». La voluntad, por sí sola no basta para crear un derecho. ¿Cómo? ¿Para que haya derecho de posesión es suficiente que la voluntad particular de la persona se adapte á una cosa?

Todo depende así de la voluntad de los hombres. Una persona se introduce en el fundo de otro, aplica su voluntad al mismo, y ya adquiere derecho á la protección de la ley. Dentro de esta teoría, los mero-tenedores pueden fácilmente adquirir la posesión. Les basta te-

ner esa voluntad y adaptarla á la cosa, para convertirse en poseedores. Sin embargo, los códigos modernos aceptan el principio romano de que nadie puede, por un simple cambio de voluntad, variar la causa de su posesión. Por ejemplo: nuestro Código dispone que para que puedan prescribir los que tienen la cosa en lugar ó nombre de otro, es menester que hayan mudado su mera-tenencia en posesión, y esto sólo de dos modos: por causa procedente de un tercero, ó por la oposición que ellos mismos hayan hecho al derecho del propietario.

Las mismas objeciones son aplicables á Puchta y á Bruns. Hacen depender el fundamento de la protección posesoria de la voluntad, elemento vago que por sí solo nada explica y que no puede servir de pedestal á ninguna relación de derecho positivo.

32.— « La posesión, como la propiedad, dice Stahl, sirve al destino « general del patrimonio; esto es, para la satisfacción de las necesida- « des humanas, por medio de las cosas. Por esto, conviene conceder- « les también una protección jurídica diferente de la propiedad, es de- « cir, no una garantía *de la cosa misma*, garantía, por consiguiente, di- « rigida contra toda persona que detiene la cosa, sino tan sólo una ga- « rantía del *estado de hecho*, dirigida no más contra aquél que *hace ce-* « *sar* este estado (por medio de una acción *positiva*, esto es, un deli- « to). La intención del poseedor es conservar el *estado de hecho de la* « *cosa*. La institución de la posesión no es más que un reglamento « provisional ó subsidiario de la misma relación, cuyo reglamento de- « finitivo y verdadero es la institución de la propiedad. He aquí por « qué la posesión debe estar en relación constante con la propiedad ».

No hay duda alguna de que la posesión contribuye á la satisfacción de las necesidades humanas, por medio de las cosas. Pero esto no basta para explicar por qué se la protege. Hay muchos estados de hecho que contribuyen á satisfacer las necesidades humanas, por ejemplo, la mera-tenencia, á los cuales, sin embargo, la ley no concede la protección posesoria. ¿Por qué? Esto no enseña la teoría de Stahl.

De esta teoría parece también desprenderse que en el juicio posesorio, el que está en actual posesión debe siempre resultar triunfante. El fin de la protección posesoria, según la misma, es sólo garantir el estado de hecho. ¿Pero, si el que hace cesar ese estado tiene mejor derecho á la posesión, por qué resulta vencedor? Esto no explica tampoco la teoría.

33.—La teoría de Yhering es, como lo reconoce Baudry-Lacantinerie, una ampliación, un desenvolvimiento ulterior de la que funda la protección posesoria, en la presunción de propiedad. Una y otra parten como base de la relación estrecha, íntima, existente entre la posesión y el dominio. Se diferencian en que, para Yhering, se protege la posesión para facilitar la prueba de la propiedad. Comprueba la exactitud de ese fundamento recordando que la estadística demuestra que,

en la generalidad de los casos, la protección posesoria redunda en beneficio del propietario, porque normalmente, es el dueño verdadero quien de ella se aprovecha. Para la otra teoría, la presunción que se desprende del hecho de ser generalmente los poseedores propietarios, es el fundamento de la protección posesoria.

El célebre jurisconsulto alemán resume su teoría en la siguiente proposición: « *La protección de la posesión, como exterioridad de la* « *propiedad, es un complemento necesario de la protección de la pro-* « *piedad, una facilitación de la prueba en favor del propietario, la cual* « *aprovecha necesariamente también al no propietario* ».

Aclarando su pensamiento, dice: «Yo no puedo concebir en la prác- « tica un estado jurídico fundado únicamente sobre la propiedad ro- « mana, con exclusión de la protección posesoria, es decir, un estado « en el cual fuese necesario producir la prueba de la propiedad para « rechazar una usurpación ».

Esto llevaría á la consecuencia de que, en toda perturbación posesoria, el propietario debiera prevalerse de su propiedad y no de su posesión, teniendo, por consiguiente, que probar aquélla. Natural es que el que no pueda probarla, sea vencido en el juicio.

El derecho romano en esos casos facilita la prueba al propietario, contentándose con la demostración del simple *estado de hecho*, exterioridad de la propiedad, es decir, con la posesión. El *poseedor se reputa propietario hasta la prueba en contrario.*

En una palabra, el fin de la posesión, para Yhering, es facilitar la prueba de la propiedad. La posesión es un punto avanzado de la propiedad. La protección posesoria ha sido introducida teniendo en cuenta el dominio.

De aquí resulta, prosigue Yhering, que es imposible conceder esta protección al propietario sin que los no propietarios se aprovechen de ella al mismo tiempo. Y en efecto, si la prueba del dominio se limita á la demostración de su exterioridad, de la posesión, esta facilidad redunda en favor de todo aqéul que esté en situación de prevalerse personalmente de tal elemento. Lo dicho lleva á proteger la posesión de los ladrones y bandidos. Pero éstos, solamente en casos raros gozarán del beneficio legal. Si se compara los casos en que la posesión está en manos del propietario con los casos en que se encuentra en poder de personas que no debieran tenerla, resulta que la proporción entre estas últimas y las primeras no alcanza ni al uno por mil. Se ve, pues, que es por excepción que se ampara la posesión de los ladrones y bandidos. Y vale más, dice el autor, que un indigno participe excepcionalmente del beneficio de la ley, que negar, por excluirlo, ese bien al que tiene realmente derecho para gozar de él.

No nos parece completa esta doctrina. No creemos que la ley proteja la posesión, simplemente para facilitar la prueba de la propiedad.

Es posible que eso pasara en derecho romano, pero tal motivo no basta para explicar las disposiciones del derecho moderno sobre la materia. No se trata de exponer aquí por qué el derecho romano amparó la posesión, sino por qué se ampara en nuestros días.

La posesión es lógicamente é históricamente anterior á la propiedad. El mismo Yhering, como hemos visto en el primer capítulo, lo reconoce en su obra titulada «Del papel de la voluntad en la posesión». Criticando la regla de Savigny, según la cual la voluntad del poseedor debe ser la de poseer la cosa como propietario, dice: «Enviar el poseedor á la escuela del propietario para que aprenda cómo debe poseer, es trastornar la relación que existe entre la posesión y la propiedad. La posesión es más antigua que la propiedad. Se puede figurar la posesión sin la propiedad, mas no la propiedad sin la posesión».

De aquí saca la consecuencia de la *prioridad lógica de la noción de posesión enfrente de la noción de propiedad.* Opina igualmente que á esa prioridad lógica corresponde también la prioridad histórica.

Después agrega: «La falta que comete la teoría subjetiva estableciendo el *animus domini,* consiste en invocar una noción posterior, la noción de propiedad, para explicar una noción anterior, la noción de posesión».

Y ahora preguntamos nosotros: ¿no comete la misma falta Yhering al fundamentar su teoría sobre la protección posesoria? ¿El decir que se ampara la posesión solamente para facilitar la prueba de la propiedad, no es también explicar una noción anterior por una noción posterior?

Pero aún suponiendo que la propiedad sea históricamente anterior á la posesión, no es ese un motivo para que la ley no pueda haber organizado independientemente las dos relaciones, para que no haya concedido á ambas, por motivos distintos, una protección igualmente distinta. Es lo que vamos á probar.

¿Cómo se puede sostener que la ley ampara la posesión sólo para facilitar la prueba de la propiedad, cuando en el juicio posesorio no se toma para nada en cuenta esta última, cuando en él solamente se admiten las pruebas que tengan por objeto, como dice nuestro Código, acreditar el hecho de la posesión ó no posesión del que haya promovido el juicio? El demandante en el posesorio puede ganar el juicio aún empezando por reconocer que el demandado es el dueño de la cosa, siempre que demuestre que había adquirido el derecho de posesión. ¿Y esto por qué? Porque la posesión y la propiedad son dos relaciones de derecho distintas. Se puede ser poseedor sin ser propietario, y se puede ser propietario sin tener la *posesión* y aún sin el *derecho de posesión.*

Pero se preguntará: ¿entonces por qué á los poseedores se les presu-

me dueños hasta la prueba en contrario? Porque es lo que pasa habitualmente y porque semejante presunción favorece muchísimo al demandado en el juicio reivindicatorio, no en el posesorio. En éste sólo se discute la posesión, en aquél la propiedad. El propietario vencido en el juicio posesorio, puede entablar inmediatamente juicio reivindicatorio. En los juicios posesorios, dice el artículo 1181 de nuestro Código de Procedimiento Civil, « cualquiera que sea la sentencia, se en« tenderá siempre sin perjuicio de las acciones de dominio que puedan « corresponder al vencido, con arreglo á derecho».

Esta segunda parte de nuestra crítica á la teoría de Yhering, es aplicable á la doctrina de la propiedad probable.

34.—Baudry-Lacantinerie encuentra que la protección posesoria reposa á su vez sobre estas dos ideas: el interés social y la presunción de propiedad, inherente á la posesión. Hay interés social en prohibir las violencias y usurpaciones cometidas contra los que están en posesión.

Transcribe después unas palabras de Bigot-Préameneu, para demostrar que sus ideas son también las de los redactores del Código Civil francés.

Esta teoría es insuficiente. Es cierto que la seguridad general explica en parte la protección posesoria. Es también exacto que la presunción de propiedad ligada á la posesión, es una de las razones fundamentales que ha tenido en cuenta el legislador al establecerla. Pero esto no basta. La ley ha ido más allá. La ley protege al poseedor en el juicio posesorio, aún cuando no haya violencia, aún cuando empiece por reconocer en el adversario el derecho de propiedad. ¿Y por qué lo ampara en estos casos? Es lo que no explica la teoría de Baudry-Lacantinerie.

35.—Para resolver el problema de la protección posesoria, nos bastará agrupar algunas de las teorías anteriormente expuestas. Pasa con ellas, lo que se ha dicho de las teorías que hacen conocer el fundamento del dominio, todas ó casi todas, encierran una parte de la verdad.

No hay duda alguna de que la seguridad general: el interés de que nadie se haga justicia por su mano, la tranquilidad pública, es uno de los fundamentos legales de la protección posesoria. Tanto es así, que nuestro Código Civil, concede á los mero tenedores y á los poseedores, que por cualquier causa no puedan entablar acción posesoria, y que han sido violentamente despojados, una acción de amparo, para conseguir que se restablezcan las cosas en el estado en que antes se hallaban y sin que, para ejercerla, necesiten probar más que el despojo violento, y sin que se les pueda objetar clandestinidad ó despojo anterior.

La presunción de dominio, el facilitar la prueba del mismo, son otros de los fundamentos de la indicada protección. El hecho de que, en la gran mayoría de los casos, los poseedores sean los propietarios de las

cosas, las dificultades con que tropiezan para probar sus derechos y el interés supremo que inspira la propiedad al legislador, tienen, en parte, que haber llevado á este último á conceder la protección posesoria. Se demuestra que nuestro Código ha tenido presente esos motivos, recordando que establece expresamente que al poseedor se le presume dueño hasta la prueba en contrario. Al propietario para recuperar la cosa de que estaba en posesión, le bastará probar que era poseedor y que ha sido despojado por el demandado. Salvo naturalmente que éste hubiera adquirido ya el *derecho de posesión*, en cuyo caso, aquél, para recobrar la cosa, tendría que iniciar juicio reivindicatorio.

La protección que merece todo el que trabaja, mejora y cultiva la tierra durante cierto tiempo, explica por qué la ley ampara al poseedor, aún frente al mismo propietario. Aquél adquiere, hasta cierto punto, por su trabajo la propiedad de la posesión. Que nuestro Código se ha inspirado también en esa razón, lo demuestra el hecho de disponer que el que ha poseído tranquila y públicamente por un año completo sin interrupción, adquiere el *derecho de posesión*, y se excusa de responder sobre ésta.

Se nos ocurre igualmente que el evitar la vaguedad, la indecisión en las relaciones del hombre con las cosas, el dar carácter definitivo á las mismas, tiene que ser otro de los fundamentos de la protección posesoria.

Estos motivos bastan para explicar por qué la ley ampara la posesión. No olvidemos, por último, que nuestro Código salva en parte los inconvenientes de la protección posesoria concedida á los ladrones, estableciendo en su artículo 1188 que el que hurtó la cosa mueble, sus cómplices y encubridores, no pueden jamás prescribir.

El derecho natural nos dice también que se puede proteger jurídicamente la posesión, sin atacar por eso la justicia, sin interrumpir la relación necesaria entre la conducta y sus consecuencias. Los motivos legales de la posesión son los motivos del derecho. Así como el derecho natural ampara la prescripción, así igualmente protege y justifica la posesión.

Y para los que crean,—partiendo del principio de que el agregado es el propietario supremo del suelo, que es exacta la idea lanzada por Spencer en uno de sus libros, idea que después ha rechazado en otro, de que luego de haber indemnizado á los poseedores actuales de la tierra, la comunidad tiene que apropiársela de nuevo,— la posesión tendrá en lo futuro una importancia trascendental: será uno de los medios más importantes de conciliar el dominio del suelo por el Estado con la ocupación y el uso del mismo por los particulares.

CAPITULO III

Adquisición de la posesión

36.—Tiene gran importancia el conocer con exactitud el momento en que la posesión se adquiere, porque de ese conocimiento depende el ejercicio y la pérdida de muchos derechos. Para adquirir la propiedad por prescripción se necesita poseer un número determinado de años con las condiciones exigidas por la ley. El que quiera ejercer la acción para conservar la posesión y la dirija contra el anterior poseedor, deberá probar que ha poseído, tranquila y públicamente, á lo menos, por un año. En este caso la fecha de la adquisición tiene también importancia para el que pierde la posesión, porque su derecho á recuperarla prescribe por un año completo.

37.—Paulo, como hemos visto, exige para adquirir la posesión la existencia de dos condiciones: *corpore et animo*, es decir, un acto corporal de toma de posesión y la voluntad de detener la cosa á título de dueño. La mayoría de los códigos y tratadistas han seguido estas ideas. No basta tener el pensamiento de poseer una cosa, hay que exteriorizarlo por la aprehensión corporal, como no es suficiente la aprehensión corporal sin el ánimo de dueño. Las dos condiciones deben de estar reunidas.

38.—¿En qué consiste el elemento corporal, el *corpus?* Diversos sistemas se presentan tratando de contestar á esa pregunta.

Empezaremos por el de Pothier. Según este autor la posesión se adquiere *corpore et animo*. No basta que se tenga la voluntad de poseer, para que se pueda adquirir la posesión es necesaria la aprehensión corporal de la cosa. Agrega después que el principio de que es menester una aprehensión corporal para adquirir la posesión, no se aplica en el caso de muchas especies de tradiciones, por las cuales aquel á quien ellas se hacen, se reputa que adquiere la posesión antes de que haya mediado ninguna aprehensión corporal de la cosa.

Aclarando su concepto de la aprehensión corporal de la cosa dice: «Si « es un mueble es menester que ese mueble se me entregue en las ma- « nos ó en las de alguno que lo reciba por mí y en mi nombre; si es « una heredad, es necesario que me transporte hasta esa heredad para « entrar en posesión. Por lo demás se presume que he adquirido « la posesión de toda la heredad en el instante en que he entrado y he « puesto el pie, sin que sea necesario, ni que yo, ni el que envío de mi « parte, nos transportemos sobre todos los pedazos de tierra de que la « heredad se compone».

39.—Savigny hace consistir la idea de la aprehensión en la posibili-

dad física de obrar inmediatamente sobre la cosa y de evitar toda acción extraña. Como condición de esa posibilidad exige, para adquirir tanto los muebles, como los inmuebles, la presencia, de la persona cerca de la cosa.

40.– Según Yhering, llega á ser poseedor: «aquel que ya ha puesto ó hace poner, la cosa en una posición que corresponda á la propiedad, y que de este modo lo señala como pretendiente á la propiedad». Para él el lado material de la posesión no consiste en un acto material, preciso y determinado, sino en una relación de hecho entre el poseedor y la cosa, relación que manifiesta el ejercicio de un derecho de propiedad.

41.—Para Saleilles: «lo que constituye el *corpus* posesorio es un conjunto de hechos que descubran entre aquél á quien se relacionan y la cosa que tienen por objeto, una relación durable de apropiación económica, una relación de explotación de la cosa al servicio del individuo».

42.– Baudry-Lacantinerie dice que el elemento de hecho de la posesión es distinto según que se trate de una posesión originaria, es decir, que no sea consecuencia de una adquisición, ó de una posesión derivada, esto es, que siga á una adquisición de la cosa. En el primer caso la simple posibilidad de obrar no es suficiente para adquirir la posesión, es menester, además, un hecho activo que anuncie la intención de usar como dueño, es necesario un acto sobre la cosa que implique la voluntad de apropiársela. En el segundo caso el elemento corporal de la posesión resulta de todos los hechos que dan al adquirente la posibilidad de usar como dueño de la cosa adquirida.

43.—¿Qué sistema ha seguido nuestro código? Dejemos de lado los sistemas de Yhering y de Saleilles completamente extraños á él.

El artículo 622 del Código Civil dice que: «La toma de posesión se « verifica por la aprehensión efectiva, esto es, haciendo sobre la cosa un « acto material de los que sólo corresponden al dueño. En la posesión « transmitida el principio enunciado sufre excepciones según las diver- « sas especies de *tradición* de que se habla en el título respectivo del « libro siguiente». De esto se desprende que nuestro código ha seguido el sistema de Pothier. El primer inciso del artículo 622 establece, de una manera absoluta, que tratándose de lo que llama Baudry-Lacantinerie posesión originaria es indispensable la aprehensión corporal de la cosa.

En los casos de posesión transmitida, el segundo inciso dispone, por regla general, que es también necesaria la aprehensión efectiva, admitiendo excepciones, ese principio, según las diversas clases de tradición en que se ocupa el mismo código. Es el sistema de Pothier aceptado casi con iguales palabras. Se diferencia del de Baudry-Lacantinerie en lo que se refiere á la posesión transmitida. Según el indicado autor en todos los casos de esta última existe el elemento corporal de la posesión cada vez que el adquirente tiene la posibilidad de ejercer sobre

la cosa actos de dueño. Con arreglo al sistema del código, aún tratándose de posesión transmitida es necesaria la aprehensión corporal y sólo excepcionalmente la reemplazan los actos que hacen posible la toma de posesión de la cosa.

44.—¿Cuáles son esos actos? Los que constituyen la tradición ficta. En primer lugar los casos de tradición *simbólica*, cuando no se entrega la cosa sino algún objeto representativo que hace posible la toma de posesión de la misma. Ejemplos: la entrega de las llaves del almacén donde se encuentran los muebles que se han de entregar, la que el vendedor ó donante de una finca hace de sus llaves al comprador ó donatario después de haber sacado sus muebles, la de los títulos de la cosa, unida, si se trata de inmuebles, al hecho de dejarlos expeditos para que tome posesión de ellos el adquirente. Los casos de tradición por la *vista* que corresponde á la antigua *traditio longæ manûs*; cuando el tradente muestra al adquirente la cosa que le quiere entregar y le da facultad de tomar posesión de ella. Los casos de la antigua *traditio brevis manûs*, cuando el que ha de recibir la cosa que le ha sido vendida, cambiada ó donada, la tiene ya en su poder por cualquier otro título no traslativo de dominio, por ejemplo: á título de depósito, en cuyos casos el mero consentimiento de las partes importa tradición. Las cláusulas correspondientes al constituto posesorio, expreso ó tácito, por ejemplo: la cláusula en que declara el enajenante que en lo sucesivo tendrá la posesión á nombre del comprador ó donatario; aquella por la cual en un contrato de donación ó venta, el donante ó vendedor toma en arrendamiento la cosa del comprador ó donatario; la cláusula en que manifiesta el donante que retiene para sí el usufructo de la cosa cuya propiedad dona.

En todos estos casos de tradición ficta, citados por vía de ejemplo, no es necesaria la aprehensión efectiva de la cosa para adquirir la posesión. Constituyen otras tantas excepciones al principio seguido por el código en la materia. Muchos de ellos también demuestran que nuestro código no ha aceptado el sistema de Savigny que exige como requisito de la aprehensión la presencia cerca de la cosa. Ahí está el inconveniente principal de ese sistema, del cual Yhering pretende que es falso aun mismo dentro del derecho romano.

45.—Antes de pasar adelante examinemos este problema: ¿La adquisición de la posesión por tradición ficta produce los mismos efectos que la adquisición por tradición real?

Esta cuestión se discutió, implícitamente, en nuestro país en el caso siguiente: una persona vendió una cosa haciendo tradición ficta de la misma al comprador. En efecto, en la escritura pública declara el vendedor que confiere al comprador: «el más bastante poder que por de- « recho se requiera, para que por sí ó judicialmente, tome la posesión « que le compete con sólo la copia de esta escritura, *é interin no lo « efectúe la tendrá á nombre del adquirente*».

Después, el mismo vendedor, convertido por esa cláusula de la escritura en mero tenedor, vende la cosa á un segundo comprador, á quien la entrega materialmente. El primer comprador entabla juicio reivindicatorio contra el segundo. Éste se defiende diciendo que según los artículos 1311 y 1654 del Código Civil entre dos compradores de la misma cosa, el primero que entra materialmente en posesión es el verdadero propietario.

El doctor De-María sostuvo la opinión contraria. Las razones en que se funda están expuestas en un folleto que publicó y que se titula: «Sobre venta doble y tradición ficta».

Como dice muy bien el distinguido jurisconsulto, lo que se discutía en el fondo, era si la tradición ficta produce los mismos efectos que la tradición real. Y sobre esto, no hay duda alguna. El código al definir la tradición no distingue entre tradición real y tradición ficta. Dice simplemente que: «La tradición ó entrega es la transferencia que hace « una persona á otra de la posesión de una cosa, con facultad y áni- « mo de transferirle el dominio de ella». Además al hablar de las cláusulas que importan tradición ficta dice textualmente: *Importa asimismo tradición ficta equivalente á la real.*

Ahora bien, en el caso que se discute, por la existencia en la escritura de la cláusula transcrita anteriormente, el comprador se convirtió en propietario y el vendedor en mero tenedor de la cosa. Éste pudo, después, enajenarla, pero al hacerlo vendió una cosa ajena, y si bien es cierto que la venta de cosa ajena vale, no es menos exacto que eso es *sin perjuicio del derecho del verdadero dueño mientras no se extinga por la prescripción.*

En el caso á que se refiere el folleto del doctor De-María, el primer comprador podrá, pues, entablar acción reivindicatoria, desde que ésta no estaba prescripta.

De lo dicho se desprende que la adquisición de la posesión por tradición ficta produce los mismos efectos que la adquisición por tradición real.

46.—El acto material que requiere nuestro Código para adquirir la posesión, debe ser un acto de dueño, público, que demuestre claramente pretensiones á la propiedad. Así por ejemplo, la construcción de edificios, cerramientos, cortes de madera, actos de cultura, percepción de frutos, etc., siempre que esos actos se realicen á nombre propio. Se toma posesión de las servidumbres que son prescriptibles ejerciéndola, v. gr.: abriendo aberturas en pared medianería sin consentimiento del condueño.

47.—Hay actos que no hacen adquirir la posesión porque no denotan claramente el *animus domini.* Por ejemplo, el hacer pastar los ganados en el campo de otro. Este es un hecho indiferente que cada uno practica en el fundo ajeno y deja ejercitar en el propio, sin la menor intención de apropiarse del terreno ni desprenderse de su propiedad.

48.—La jurisprudencia francesa ha reconocido diversas posesiones sobre el mismo fundo. V. gr.: si la aprehensión corporal se verifica por un cerramiento, y éste no tiene lugar sino sobre una parte de la heredad, es claro que no se adquiere la posesión sino de la parte cercada. El resto continúa poseyéndolo el propietario.

49.—Los actos morales no bastan para hacer adquirir la posesión, se necesitan actos corporales, No es suficiente pagar los impuestos que gravan una cosa. No basta que, por ejemplo, una persona me intime el no entrar más en una heredad, que pretende que le pertenece. Eso no le es suficiente para adquirir la posesión, porque demuestra solamente que tiene el *animus possidendi.*

50.—Además del acto corporal es menester para adquirir la posesión el *animus domini*. No debe confundirse el ánimo de dueño con la buena fe Para ser poseedor de buena fé es necesario poseer en virtud de un título traslativo de dominio, cuyos vicios se ignoren. Para tener el *animus domini* basta poseer á la manera de un propietario, con ánimo de dueño, aún cuando se sepa que no se es propietario de la cosa.

51 —Se puede adquirir la posesión sin saberlo. Es bastante que se goce de una cosa en la confianza de que se posee para sí. Se cita el caso del que entra en su fundo después de terminado el arrendamiento, y hace acto de dominio sobre otro fundo que cree erróneamente que forma parte del suyo. Adquiere la posesión porque goza á título de dueño. Y sin embargo, él, supone que posee legítimamente el fundo vecino por ser su propietario. No tiene la menor intención de usurpar la posesión de otro.

52.—Del principio, dice Pothier, de que para adquirir la posesión de una cosa es necesario tener la voluntad de poseerla, se sigue que si compro una cosa y me entregan otra, que tomo por error por la que he comprado, no adquiero la posesión ni de la que he alcanzado erróneamente, porque no es respecto á ella que tengo la voluntad de obtener la posesión ni de la cosa que tengo la voluntad de adquirir, porque no la he recibido. Troplong adopta la opinión de Pothier.

Marcadé combate estas ideas y nos parece que con fundamento. Si recibo una cosa figurándome por equivocación que es la que he comprado, si la gozo, si la trabajo continuamente, si me creo su propietario, no puede sostenerse razonablemente que no tengo el *animus domini*. No es posible asegurar que no detengo con ánimo de dueño, desde que precisamente poseo la cosa por creerme su propietario.

Es claro que hay un error. Tenía la intención de procurarme tal cosa y me han entregado otra. Pero esto no obsta á la posesión Para saber si ella existe con respecto á una cosa determinada, hay que ver si se detiene corporalmente la misma con ánimo de dueño. Eso basta. Y ahora bien, esas dos condiciones se encuentran reunidas en el poseedor, en el caso de Pothier.

53.—La posesión de un todo compuesto de diversas partes implica la posesión de cada una de las mismas partes. Así, por ejemplo, el poseedor de una casa que se derrumba, continúa siendo poseedor de las columnas, estatuas, puertas, ventanas, etc., que se convierten en cosas muebles por el derrumbe. En Roma se decidía lo contrario

54.—Si dos personas concurren sobre el mismo fundo para poseerlo, y se entregan á actos posesorios igualmente característicos, ninguna de las dos posee, porque ambas posesiones se excluyen.

55.—Nuestro Código Civil dice que la toma de posesión se verifica por la aprehensión efectiva, esto es, haciendo sobre la cosa un acto material de los que *sólo* corresponden al dueño. Lo que introduce alguna confusión es el empleo de la palabra *sólo*. Y la introduce porque el artículo 641 del mismo código al enumerar varios de los actos á que sólo da derecho el dominio, cita algunos que no corresponden exclusivamente al propietario, porque pueden también ser hechos por otras personas. Ejemplo: las plantaciones y sementeras que son susceptibles de realizarse tanto por los dueños como por los arrendatarios.

Probablemente lo que quiso exigir la ley fué un acto material, verificado con *ánimo de dueño*.

56.—Si se requiere la voluntad para adquirir la posesión, es evidente que las personas que son incapaces de voluntad, v. gr.: los impúberes, los locos, etc., son también incapaces de adquirir, por sí mismos, la posesión. Pero es claro que pueden adquirirla por intermedio de sus representantes legales.

57.—Las personas morales que no son susceptibles de voluntad, pueden igualmente obtener la posesión por medio de sus representantes.

Las comunas adquieren por los que las representan y por los habitantes que las componen. Por ejemplo, el caso en que los habitantes de una comuna pasen sobre un terreno y lo transformen en camino público. Todos los días se ve en los tribunales franceses, dice Troplong, que las comunas prueban el origen de su posesión por actos de goce emanados de sus habitantes.

Sin embargo, Pothier sostiene la solución contraria. Es imposible, dice, que una universalidad de habitantes practique, como universalidad, actos de posesión, esos actos se realizan por tales ó cuales miembros del cuerpo comunal y no por el cuerpo entero.

Creemos que las comunas son capaces de adquirir la posesión por ntermedio de las personas que las componen, siempre que se compruebe que éstas poseyeron á nombre de ellas y en su interés.

58.—La distinción que acabamos de estudiar entre el *corpus* y el *animus*, y la exigencia de los dos como elementos independientes, es, según Yhering, uno de los grandes errores de la teoría subjetiva. Esa distinción existe en teoría, pero no en la práctica. « En realidad, dice « el indicado autor, el *corpus* no puede existir sin el *animus*, ni el

« *animus* sin el *corpus*. Los dos nacen al mismo tiempo por la incor-
« poración de la voluntad en la relación con la cosa. El cuerpo y el
« ánimo son, entre ellos, como la palabra y el pensamiento. En la pala-
« bra se incorpora el pensamiento que era hasta entonces puramente
« interno; en el *corpus* se incorpora la voluntad hasta ese momento
« solamente interior; ninguno de los dos existe antes para la percep-
« ción. »

De aquí resulta que los actos materiales que indicamos como constitutivos del *corpus*, siempre que hayan sido ejecutados á nombre propio, revelan al mismo tiempo, en el que los realiza, la existencia del *animus domini*. Basta para adquirir la posesión ejecutarlos á nombre propio. Que esta teoría ha sido seguida por nuestro código lo demuestra el hecho de disponer en su artículo 641 que: « Se debe probar la « posesión del suelo por hechos positivos, de aquellos á que sólo da « derecho el dominio, como el corte de maderas, la construcción de « edificios, la de cerramientos, las plantaciones ó sementeras y otros « de igual significación, ejecutados sin el consentimiento del que dis- « puta la posesión ». No exige, pues, como lo hemos dicho en otro capítulo, además de la prueba de esos actos, la de la existencia del *animus domini* en cada caso. Es suficiente demostrar que se verificaron sin el consentimiento del que disputa la posesión. Se llenará ese requisito probando que se han realizado á nombre propio.

59.—Se puede adquirir la posesión de una cosa no sólo personalmente, sino por otros que la reciban para nosotros y en nombre nuestro. Nuestro Código así lo establece, diciendo en su artículo 623 que: « La posesión puede tomarse, no sólo por el que trata de adquirirla « para sí, sino por su mandatario, ó por sus representantes legales ».

60.—En este caso hay que considerar dos cosas: la voluntad de aquel por quien adquirimos y la voluntad del que adquiere. Desde el primer punto de vista las leyes romanas exigen que el mandatario tome la cosa con la conciencia de lo que hace, y la voluntad de poseer no para él, sino para el mandante. Así, por ejemplo, si se manda un loco á tomar posesión de la cosa comprada, los textos dicen que el mandante no adquiere la posesión. Igualmente si se envía á obtener la posesión de una cosa en nombre nuestro, y el mandatario la ocupa para él, el mandante tampoco adquiere la posesión.

61.—Wodon considera aplicable al derecho moderno estas soluciones de las leyes romanas. Troplong contesta la aplicabilidad de la primera. Cree que se puede adquirir la posesión por intermedio de un loco. El hecho de que el mandatario sea loco es indiferente, según él. ¿Si se trata, sostiene, de una toma de posesión después de una venta, qué importa entre mi vendedor y yo, que el que se le presenta para tomar posesión, y que le muestra mi mandato, sea loco ó no, sobre todo si el vendedor se presta sin dificultad al cumplimiento de mi comisión?

Refutando estas ideas de Troplong y de Dalloz dice Wodon que esos autores confunden dos géneros de ideas bien distintos: el ejercicio de la posesión y la adquisición de la misma. Cuando se trata del ejercicio esos autores tienen razón. Pero cuando se trata de adquirir la posesión la voluntad del tercero debe ser necesariamente expresada y subordinada á la nuestra, para que nosotros gocemos del *corpus* ó de la facultad de disponer de la cosa. Es cierto, agrega, que un loco puede *procurarnos* la posesión de una cosa. Mas entonces no la adquirimos sino por nosotros mismos y sólo desde el momento en que el loco nos ha hecho entrega de ella.

Dentro de nuestro derecho nos parece que puede adquirirse la posesión de la cosa comprada por intermedio de un mandatario loco. Es cierto que el Código Civil dice que los dementes son absolutamente incapaces de contratar, pero no es menos exacto que se separa de esa regla al ocuparse en el mandato. En tesis general, en nuestro derecho, la capacidad del mandatario no es requerida para la validez del mandato. El Código Civil así lo establece al disponer en su artículo 2036 que se puede constituir mandatario á un menor no habilitado de edad ó á una mujer casada.

Pudiera quizá creerse que ese artículo establece una excepción que deroga, en materia de mandato, la regla sobre incapacidad de contratar, pero sólo en lo referente á los menores no habilitados de edad y á las mujeres casadas. Sería un error. Lo que el artículo 2036 dispone de esas dos clases de incapaces debe ser extendido á todos. Así lo reconocen los autores franceses al comentar el artículo 1990 del Código Napoleón, que establece que las mujeres casadas y los menores emancipados pueden ser elegidos mandatarios.

«Los motivos que se dan, dice Laurent, para justificar la disposición « del artículo 1990, se aplican idénticamente á los menores no emancipados y á los interdictos, y es el caso de decir que donde hay motivos idénticos de decidir, debe haber la misma decisión».

¿Y cuáles son esos motivos? Los hizo conocer el tribuno Tarrible en su relación al Tribunado: «El mandatario no trata de sus propios intereses; no contrata ninguna obligación personal; hace el negocio de « su comitente, según las intenciones trazadas en el mandato; no es « más que un simple órgano de ese mismo comitente que queda sólo « obligado hacia los terceros por la transacción verificada en su nombre, cuando es conforme al deseo que ha expresado. El comitente no « puede ser sometido en la elección de su mandatario á otras reglas « que á las de su confianza Que el mandato haya sido dado á un menor ó á un mayor, á una mujer casada ó á un hombre gozando de la « plenitud de sus derechos civiles, la persona del mandatario desaparece como un andamio inútil después de la construcción del edificio, « y la transacción, relativamente al comitente, sólo interesado, tiene « toda la solidez de que ella es susceptible».

Molitor y Savigny no aceptan la segunda de las soluciones romanas expuestas, cuando la posesión se adquiere por tradición ó transmisión. Si, dicen ellos, la voluntad del *tradens* es que el representado adquiera la posesión, es sólo esta voluntad la que domina y la posesión será adquirida por el representado á pesar de la intención contraria del representante.

A Troplong le parece incontestable aquella solución de las leyes romanas, siempre que el mandatario manifieste su deseo de adquirir la posesión para sí.

Entendemos, que dentro de nuestra ley el caso debe resolverse de la misma manera que lo hacen Pothier y Troplong.

Para que se adquiera la posesión por intermedio de mandatario, es preciso que éste adquiera para el mandante y no para sí. En el caso que se discute, el mandante no obtiene la posesión, porque le falta la aprehensión efectiva de la cosa. Él, por sí mismo, no aprehendió la cosa desde que delegó esa función en el mandatario, y tampoco aprehendió por medio del mandatario, desde que éste adquirió la posesión para sí. El mandante tendrá derecho á entablar acción de daños y perjuicios contra el mandatario por inejecución del contrato.

62.—En lo que respecta á la voluntad del que adquiere es necesario que éste tenga la intención de poseer, la voluntad de adquirir la posesión por medio del mandatario. Esta regla sufre excepción, como hemos dicho anteriormente, cuando se trata de personas privadas de voluntad, por ejemplo, los impúberes, los dementes, las personas morales, etc. En tales casos la voluntad que se toma en consideración es la de aquellos que representan á las indicadas personas. Se encuentra en las leyes romanas una segunda excepción que en realidad no es más que aparente. Cuando se trata de adquirir por medio de mandatario, el mandante obtiene la posesión desde el momento en que aquél toma la cosa, aún cuando ignore el instante en que la aprehensión corporal se verifica. Y esto porque, como dice Pothier, la procuración que he dado supone la voluntad de adquirir la posesión por intermedio del tercero, esa voluntad subsiste en mí hasta la época en que la obtiene, y es bastante para hacerme adquirir la posesión aunque no sepa todavía que la ha recibido.

63.—Si no hay mandato, si no existe nada más que una simple gestión de negocios, las leyes romanas enseñan que no se adquiere la posesión por intermedio del gestor, sino desde que se tiene conocimiento de la aprehensión y se la ratifica. Y esto porque no se ha podido tener antes la voluntad de adquirir la posesión, no se puede decir que ha habido una voluntad preexistente, como existe en el caso del mandato.

Pothier, Molitor, Wodon y otros autores enseñan que esta opinión debe ser seguida en derecho moderno. Belime y Troplong por el con-

trario, opinan que ella no puede sostenerse, porque la ratificación tiene efecto retroactivo.

Nos parece más fundada la opinión de los primeros. Creemos, que en el caso, la ratificación no puede tener la virtud de crear, en lo pasado, elementos que no existían en el instante de la aprehensión de la cosa. En ese momento no había más que la aprehensión corporal realizada por el gestor de negocios y la intención de éste de adquirir para el dueño Pero faltaba lo principal para que el último adquiriera la posesión, faltaba su voluntad de adquirir por medio del gestor. Esta voluntad sólo se manifiesta en el instante de la ratificación. Es, pues, desde tal momento que existen los elementos necesarios para adquirir la posesión por medio de otro: intención del mandante de adquirir por el mandatario, y adquisición por éste á nombre del mandante.

El caso es muy parecido al de la ratificación por el mandante de los actos realizados por el mandatario fuera de los límites del mandato. Tratando de los efectos de esa ratificación, dice Laurent: « Se enseña « generalmente que la ratificación produce otro efecto muy considera- « ble, es que ella retrotrae al día del mandato. En nuestra opinión eso « es muy contestable. Se concibe que la confirmación retrotraiga. « Pasa otra cosa con la ratificación. Cuando un mandatario obra sin « poder, pasando los límites de su mandato, no celebra convención; « el mandatario no está obligado porque no trató á nombre personal, « y el mandante tampoco porque el mandatario no tenía el derecho de « tratar en el suyo. La convención que interviene entre el mandatario « y el tercero es inexistente, porque no hay convención sin consenti- « miento. Cuando en seguida el mandante ratifica ¿qué pasa? Él con- « siente y es ese consentimiento el que engendra la convención, la « cual no existía hasta ese momento. Es una nueva convención que se « forma; luego las convenciones no tienen efecto sino desde el día del « consentimiento. ¿Por qué pasaría otra cosa con la convención que « se forma por la ratificación? »

Estas razones que da Laurent para negar retroactividad á la ratificación del mandante, son perfectamente aplicables al caso que discutimos de la gestión de negocios.

64.—¿Y si el interesado no ratifica la adquisición? En este caso hay que distinguir. Si el gestor de negocios adquirió solamente á nombre de aquél á quien quería beneficiar, no puede aprovechar para sí de la posesión; él no es poseedor, porque para serlo le falta el *animus domini*. Pero si el gestor al obtener la posesión manifestó adquirir para el tercero ó para él, á falta de ratificación del primero, en este caso su posesión le es útil.

65.—Discuten los tratadistas el caso de adquisición de la posesión por intermedio de un tercero con mandato general. Savigny asimila el mandato general á la gestión de negocios. Molitor, por el contrario,

relaciona el mandato general con el mandato especial. El *animus* del representado se encuentra, dice, en el mandato dado, ya sea éste general ó especial. Así desde que el mandatario general adquiere la posesión de una cosa dentro de los límites de su mandato, esa posesión es adquirida por el mandante, aún cuando no tenga conocimiento de la aprehensión.

Wodon sostiene la opinión de Savigny de la manera siguiente: «Nos-« otros sabemos, que el *animus* del poseedor debe ser expreso y bien « *determinado*. Luego esa condición esencial viene á faltar si no existe « más que un mandato general, si yo encargo á alguno de la admi-« nistración de mis bienes sin hacer mención de la adquisición espe-« cial de la posesión de que se trata. Si el *animus* debe manifestarse « de una manera expresa y especial para ser determinado, se sigue que « es menester un mandato *especial* para adquirir la posesión por un « tercero; si no existe más que un mandato general, esa posesión no « es adquirida por el representado sino por la ratificación, conforme « al principio general: *ignoranti possessio non acquiritur.*»

Dentro de nuestro derecho nos parece más razonable la solución de Molitor. Lo que hay que distinguir para resolver el caso es si el mandatario obró ó no dentro de los límites de su mandato. Si obró dentro de esos límites, los actos hechos por él se presumen ejecutados por el mandante mismo. «El mandante», dice el artículo 2050 del Código Civil, « responde por todos los actos del mandatario siempre que sea dentro «de los términos del mandato». Y esto sin distinguir entre mandato general y mandato especial. Luego, pues, si dentro de su mandato el mandatario general adquiere para el mandante la posesión de una cosa, el mandante obtiene la posesión desde el momento de la aprehensión, aún cuando no tenga conocimiento de ella. La adquisición hecha por el mandatario se presume realizada por el mandante mismo Si habiéndose excedido el mandatario, el mandante ratifica la adquisición, éste sólo adquiere desde el momento de la ratificación, porque como hemos visto, la ratificación no produce efecto retroactivo.

66.—Hay que observar, tratándose de adquirir la posesión por medio de mandatario, que existe diferencia entre la posesión necesaria para la prescripción de diez y veinte años, y la requerida para el ejercicio de las acciones posesorias. Como para la prescripción de diez y veinte años se necesita una posesión con justo título y buena fe, resulta que aún cuando el mandante posea por el mandatario desde el momento de la aprehensión, el tiempo para prescribir no empieza á correr en su favor sino desde que tiene conocimiento de la misma. Y esto porque consistiendo la buena fe en la justa opinión de que se es propietario de la cosa, no se puede tener esa opinión antes de saber que el mandatario adquirió para nosotros la posesión.

Esto no pasa tratándose de la posesión requerida para el ejercicio

de las acciones posesorias ó de la prescripción treintañal. La ley no exige en esos dos casos la buena fe.

La solución indicada creemos que debe aplicarse, á diferencia de lo que establecen las leyes romanas, tanto al caso de mandato especial como al del mandato general.

CAPÍTULO IV

Conservación de la posesión

Se conserva la posesión no solamente por nosotros mismos, sino también por otros que la detienen para nosotros y en nuestro nombre.

Ocupémonos separadamente en cada uno de esos dos casos.

67.—Para conservar la posesión por nosotros mismos la sola voluntad de poseer basta, no es necesaria la detención corporal de la cosa. Siempre, es claro, que un tercero no haya tomado posesión de la cosa, ó que ella no haya sido voluntariamente abandonada por el propietario. Es ésta una primera diferencia entre la adquisición y la conservación de la posesión: la primera requiere, como hemos visto, la existencia de los dos elementos, del *corpus* y del *animus*.

No es necesario para conservar la posesión de las cosas, que se tenga una voluntad positiva de retener la posesión, es suficiente que la voluntad de poseer que se tuvo cuando se adquirió, no sea revocada por una voluntad contraria. Se presume que aquélla persevera. En virtud de esta regla se conserva la posesión durante el sueño y aún cuando el poseedor pierda la razón.

La muerte del poseedor no detiene el curso de la posesión que había comenzado en vida. Por el solo hecho de su muerte la propiedad y posesión de sus bienes pasa, de pleno derecho, á los herederos. Para que éstos posean no se requiere una manifestación positiva de su voluntad, les bastará no repudiar la herencia.

La voluntad contraria de que hablamos puede resultar, como veremos al ocuparnos en la pérdida de la posesión por abandono, del cese prolongado de todo acto de goce.

68.—Para conservar la posesión por intermedio de otro que haya sido puesto en posesión por nosotros, no es necesario que aquél mantenga la voluntad de detenerla para nosotros. Es esta otra diferencia con la adquisición de la posesión. Para adquirir la posesión por otro es preciso que el mandatario tenga la voluntad de adquirir la cosa para el mandante.

De esto resulta que si el mero tenedor viene á convertirse en incapaz de voluntad, por ejemplo, perdiendo la razón, y no puede por consecuencia detener, en adelante, á nombre del poseedor, éste continúa reteniendo la posesión por su intermedio.

Aun cuando el tercero que adquirió la posesión para nosotros y en nuestro nombre, cambie de voluntad y quiera en adelante detener para él, seguirá siempre siendo mero tenedor y nosotros conservaremos la posesión por su intermedio. Y esto en virtud del principio de que nadie puede variar por su sola voluntad las causas de su posesión ó de su detención.

Dice Pothier que conservamos la posesión de una cosa por intermedio de tercero, no solamente cuando éste la detiene en nuestro nombre, sino también cuando la detiene por medio de otro, aún cuando el último creyéndolo el verdadero poseedor tenga la intención de poseer para él y no para nosotros. Esto tiene lugar, porque deteniendo la cosa para aquellos que no pueden poseerla, él detiene, sin saberlo, indirectamente para nosotros.

Puede presentarse el caso cuando el arrendatario subarriende la cosa. Aún en el caso en que el subarrendatario entienda detener la cosa para el arrendatario y no para el arrendador, en realidad, es para éste que conserva la posesión. Semejante solución debe aceptarse no tanto por la razón que da Pothier, sino porque el subarrendamiento no puede perjudicar de ninguna manera los derechos del arrendador. Para éste aquella convención es *res inter alios acta*. El arrendatario queda siempre obligado con respecto al arrendador. Responde, dice el artículo 1796 de nuestro Código Civil, no sólo de su propia culpa, sino también de la de los subarrendatarios. Éstos no están obligados respecto del arrendador originario, sino hasta la suma concurrente del precio que adeuden del subarrendamiento al tiempo del embargo ó de la intimación judicial que se les haga á nombre de aquél. Para perjudicar al arrendador le bastaría al arrendatario pasar ante el subarrendatario no como mero tenedor, sino como poseedor de la cosa. Le haría perder así, por la detención á nombre suyo del subarrendatario, la posesión al primitivo arrendador. Lo cual sería, además, violar el principio de que nadie puede, por su sola voluntad, cambiar la causa de su posesión ó detención.

69.—Cuando el que posee por nosotros muere, nuestra posesión continúa por intermedio de sus herederos. Y esto porque siendo los herederos la continuación de la persona del causante, la posesión que adquieren es la misma del difunto con iguales caracteres. Nuestro código reconoce ese principio en algunos artículos. Hablando del arrendamiento, por ejemplo, dice en su artículo 1757 que: «Los derechos y obligaciones que nacen del contrato de arrendamiento, pasan á los herederos del arrendador y del arrendatario.» Al ocuparse en el mandato establece en el artículo 2069 que: «En caso de muerte del mandatario, « sus herederos que fueren hábiles para la administración de sus bie- « nes, deberán hacer saber al mandante el fallecimiento, y mientras « reciban nuevas órdenes cuidarán de los intereses de éste y conclui-

« rán los actos de gestión empezados por el mandatario, si de la demo- « ra pudiera resultar daño al mandante.» Establece, también el código, tratando del comodato que, por regla general, los derechos y obligaciones que nacen del contrato, pasan á los herederos de ambos contratantes.

Aun cuando el heredero del arrendatario, dice Pothier, ignorase la calidad de tal de su causante, y creyéndolo propietario guarde la cosa como algo que le pertenece, no deja por eso de poseer para nosotros. Esto pasa, porque poseyendo el difunto para nosotros, la posesión de su heredero, no obstante el error, no puede ser sino también una posesión para nosotros, desde que, como hemos repetido, nadie puede por su sola voluntad variar la causa y las cualidades de su posesión.

Lo mismo debe resolverse dentro de nuestro derecho. El artículo 1173 del Código Civil dice que: «El que tiene la cosa en lugar ó nom- « bre de otro y *sus herederos*, no pueden jamás prescribirla, á menos « que se haya mudado su mera tenencia en posesión, sea por causa « procedente de un tercero, ó por la oposición que ellos mismos hayan « hecho al derecho del propietario.»

70.—Cuando el que posee por nosotros se ausenta, sin dejar persona que guarde la cosa, pero con ánimo de volver, ese ánimo basta para hacerle conservar la posesión para nosotros durante la ausencia.

71.—Aun cuando el que poseía á nombre nuestro abandone la cosa sin ánimo de volver, nosotros conservamos la posesión. No poseeremos ya por el ausente, pero poseeremos por nosotros mismos, por nuestra sola voluntad de poseer. Siempre, es claro, que un tercero no se haya apoderado de la cosa.

CAPÍTULO V

Pérdida de la posesión

72.—Savigny que refiere la cuestión de la pérdida de la posesión á la de la continuación de la misma, sienta estas dos reglas sobre la materia: Para que la posesión continúe es menester la relación física con la cosa poseída y el *animus*. Desde que una de esas dos condiciones, ó las dos juntas, cesan, la posesión se pierde.

Estudia, luego, en primer término, la pérdida de la posesión por un hecho material, y dice que el primer requisito necesario para conservar la posesión, es el mantenimiento de un estado de hecho que permita disponer de la cosa poseída. Pero esa facultad de disponer no debe ser inmediata y constantemente presente, es bastante que se la pueda hacer renacer á voluntad, la posesión no se pierde sino cuando la facultad de disponer se hace completamente imposible. Son aplicaciones de

esta regla los casos de muerte del poseedor, de pérdida de la cosa, el de pérdida cuando otro se ampara de la misma, etc.

Tratándose de inmuebles, prosigue Savigny, para perder la posesión la imposibilidad material de disponer no basta, es menester además, que tal imposibilidad llegue á conocimiento del poseedor.

Examina, después, la pérdida de la posesión por el *animus*. Para que la posesión se conserve desde este punto de vista, es bastante que se mantenga constantemente esa posibilidad de reproducir la voluntad primera; no es necesario, ni aún posible, que se tenga constantemente conciencia de la posesión. Es lo que pasa con el que se convierte en incapaz de tener una voluntad cualquiera, por ejemplo, si pierde la razón. Para que el *animus* sea la causa de la pérdida de la posesión es menester un acto de voluntad nuevo y dirigido en sentido contrario de la voluntad primera. El *animus* sólo hace, luego, perder la posesión, desde el momento que el poseedor tiene la *voluntad de renunciar*.

De aquí resulta que necesitándose una voluntad nueva, opuesta á la primera, para perder la posesión, es claro que para perderla así se requiere ser capaz de actos de voluntad. Un loco, un impúber, no pueden perder la posesión de esta manera.

Esta es la regla. Cuando hay una declaración expresa de la voluntad del poseedor, no hay duda alguna sobre su aplicación. Pero en los casos en que esa voluntad no existe, hay que interpretar ciertos actos del poseedor, para inducir de ellos su voluntad. Se encuentran en los jurisconsultos romanos muchos casos de interpretaciones de ese género.

Tal es, según Savigny, la teoría romana sobre pérdida de la posesión.

73.—«Si la posesión, dice Yhering, es la exterioridad de la propiedad, debemos declararla perdida cuando la cosa ha llegado á encontrarse en una posición en desacuerdo con la manera y forma regulares, bajo las cuales el propietario tiene costumbre de servirse de ella. Aquí también puede ser posible reproducir el estado originario; para nuestra teoría no basta eso, porque un propietario que tiene algún aprecio por la cosa no se contenta con esta *simple posibilidad*, y se cruza de brazos, sino que se mueve y restablece lo más pronto posible la relación perturbada. *Omnia ut dominum fecisse.* He ahí la línea de conducta del poseedor que quiere conservar la posesión. Lo que tiene que hacer su interés se lo dicta, y esta circunstancia precisamente es la que hace que se le reconozca como aquél á quien la cosa pertenece. *El interés atestiguado en el hecho* por la manera de servirse de la cosa, de cuidarse de ella, de protegerla y asegurarla, es el *indicio del verdadero propietario.* Quien quiera que no muestre este interés y se desligue de algún

« modo de la cosa, pierde la posesión, porque aunque él sea y permanezca propietario, no es activo y *visible* como tal; y la posesión consiste precisamente en esto, la parte *visible* de la propiedad,—*la diligencia del propietario es una condición indispensable de la posesión*».

74.—La teoría de Savigny debe llevar lógicamente á este resultado completamente inadmisible, que la posesión continúa siempre que haya posibilidad de reproducir el estado originario, aun cuando esa posibilidad no se traduzca nunca en hecho. La posesión de un fundo abandonado, por ejemplo, la conservamos aún cuando pasen 50 ó 60 años sin hacer, sobre él, ningún acto de goce.

Que nuestro código no la ha seguido lo demuestra el hecho de desprenderse de sus disposiciones que el ánimo de renunciar la posesión, puede resultar, aunque por excepción, del cese prolongado de todo acto de goce. De esto nos ocuparemos más adelante.

75.—El inconveniente de la teoría de Yhering es el inverso, precisamente, del de la teoría de Savigny. Según él, basta alejarse dejando abandonado el fundo, sin arrendarlo ni confiarlo á nadie, para que se pierda en seguida la posesión. Y esto porque, dice, el propietario diligente no abandona así una cosa.

Dentro del criterio de Yhering, para quien la posesión no es más que la exterioridad de la propiedad, la parte visible de la misma, es más difícil que dentro de cualquier otro, llegar á semejante consecuencia El propietario goza, como todo el mundo lo reconoce, del *jus abutendi*, del derecho de abusar de la cosa. Usando de él puede destruirla, dejarla sin cultivo, abandonarla, etc. ¿Se le quitará, acaso, la propiedad á pretexto de que un propietario diligente no usa así de la cosa? A eso va lógicamente la teoría de Yhering.

De aceptarse parecida consecuencia se suprimiría uno de los atributos esenciales del dominio, cuya necesidad reconocen economistas muy distinguidos. Mas Yhering no llega hasta ahí, parece desprenderse de sus palabras transcritas que lo que se pierde es la posesión, pero que se conserva el dominio.

Aun limitada á la posesión, la teoría tiene graves inconvenientes. Destruye por su base todo lo que hemos dicho sobre conservación de la posesión. La posesión se conserva sólo *animo*. No bastan, por regla general, para hacerla perder los simples actos de omisión; el no uso de la cosa; la falta de cultivo del fundo, etc. Sin embargo, en todos estos casos con el criterio de Yhering, deberíamos considerarla completamente perdida.

76.—El artículo 630 de nuestro Código Civil dice que: «Se pierde la posesión de dos modos: por usurpación de un tercero ó por el abandono voluntario y formal del poseedor.» El 631 estatuye que: «La posesión de la cosa mueble no se entiende perdida mientras se halla bajo

el poder del poseedor, aunque éste ignore accidentalmente su paradero.» Para falicitar el estudio de estas disposiciones recordaremos que los tratadistas exponen que la posesión puede perderse *corpore*, *animo*, *y corpore et animo* al mismo tiempo. Para perder la posesión *corpore* es necesario un *actum contrarium*, es decir, un hecho que haga imposible la reproducción de la facultad física de disponer de la cosa. Para perderla *animo* es menester el *animus contrarius*, es decir, una intención contraria á la de adquirir la posesión.

77.—El primer caso del Código Civil no ofrece dificultad alguna. Se pierde la posesión *corpore* cuando un tercero se apodera de la cosa. Y esto aunque el ánimo persista, porque desaparece la posibilidad física de disponer de ella.

No es preciso, como en Roma, para perder la posesión de esta manera, que el propietario ausente conozca los actos de dueño hechos por un tercero sobre su cosa. Basta que esos actos sean públicos y no equívocos para que el tercero adquiera la posesión.

78.—¿ Se necesitará además, el transcurso de un año para que el tercero adquiera la posesión y para que, por consecuencia, la pierda el antiguo poseedor ó propietario ?

Así lo establecen expresamente el Código Civil Español y el proyecto de Boissonade. Al enumerar los modos de perder la posesión citan, entre otros, la toma de posesión de un tercero cuando ella ha durado más de un año.

Muchos comentaristas fundándose en el artículo 2243 del Código Civil Francés sostienen la misma opinión. Ese artículo establece que hay interrupción natural de la prescripción cuando el poseedor es privado, por más de un año, del goce de la cosa, sea por el antiguo propietario, sea por un tercero. De aquí sacan, aquéllos, la consecuencia de que no se puede perder la posesión de una cosa sino después de haber transcurrido un año, desde la ocupación de ella por el tercero.

«Durante eso lapso de tiempo, dice Wodon, el despojado aunque « desposeído de hecho, conserva la posesión *animus tantum*. La pose- « sión no se pierde por el solo hecho de que un tercero se apodere del « inmueble. La interrupción momentánea, que no ha durado un año, se « presume no haber jamás existido; se presume clandestina ó el resul- « tado de un error, así como ella hace perder la posesión en todos los « casos, y sin excepción cuando ha durado un año».

Dentro de nuestro código no es posible sostener esa tesis. Él establece que se interrumpe naturalmente la prescripción adquisitiva, cuando se ha perdido la posesión por haber entrado en ella otra persona. Basta, pues, en nuestro derecho, que un tercero se apodere de la cosa para que perdamos la posesión. No se requiere que esa posesión dure un año.

Pero, como según nuestra ley el despojado tiene un año para ejercer la acción posesoria, el resultado viene á ser el mismo que dentro del Código francés.

79.—Se pierde la posesión de esta manera, ya emplee ó no el tercero la violencia para apoderarse de la cosa. La posesión violenta es una posesión viciosa, pero no por eso deja de ser posesión.

80.—Perdemos la posesión no solamente cuando se nos obliga á salir, sino también cuando el que se ha apoderado del fundo en nuestra ausencia, nos prohibe de cualquier manera entrar en él.

81.—Se pierde en segundo lugar la posesión por el abandono voluntario y formal del poseedor.

El abandono puede ser, en primer término, puro y simple. Esto tiene lugar cuando se abandona la posesión sin el propósito de transferirla á un tercero. Por ejemplo, arrojando á la calle ciertas cosas muebles que no queremos poseer más.

Se hace abandono puro y simple de una heredad, cuando se la deja abandonada, con la intención de no poseerla en adelante. Y se pierde en estos casos la posesión, porque, siendo cada uno dueño de renunciar á lo que le pertenece, puede abandonar una posesión adquirida.

82.—Comprende también el abandono la pérdida de la posesión por la tradición. Se diferencia este caso del de abandono puro y simple, en que, si bien perdemos la posesión, lo hacemos para transferirla á un tercero. Se pierde la posesión, tanto en el caso de tradición real como en el de tradición ficta. Cuando la tradición es real, se pierde la posesión *animo et corpore*. En los casos de tradición ficta, se pierde algunas veces *corpore et animo*, y otras sólo *animo*.

83.—Creemos que cuando la ley establece que el abandono debe ser voluntario, quiere expresar que para que el abandono valga es necesario que sea hecho por una persona capaz de voluntad, que tenga, como dice Belime, la libre disposición de sus bienes.

84.—¿Qué se entiende por abandono formal?

La ley, al exigir un abandono formal, manifiesta que el abandono debe ser tal que de él resulte claramente la voluntad de renunciar á la posesión. No basta que el abandono sea pasajero, porque, como hemos dicho, la posesión se conserva sólo ánimo. «Es menester, expone « Belime, para perder la posesión de esta manera (por renuncia del po- « seedor), una renuncia formal; no basta que la intención de poseer « esté momentáneamente adormecida, sin lo cual el hombre en estado « de demencia, aun mismo el que duerme, perdería su posesión».

85.—¿La intención de renunciar la posesión, el *animus contrarius* que se exige para perder la posesión sólo *animo*, puede resultar de simples omisiones, del cese prolongado de todo acto de goce?

Dunod y otros escritores, enseñan que la posesión no puede conservarse sólo *animo* por más de diez años. Fundan su opinión en una ley de Cayo. Pero esa ley, según Belime, supone que la posesión puede perderse por una larga ausencia, pero no marca el tiempo necesario para perderla.

Ocupándose en el caso, dice Wodon: «La intención de abandonar la « cosa debe ser cierta. Así, esa intención no podrá generalmente re« sultar de simples actos de omisión, del simple no uso de una cosa, « por ejemplo: de que se haya olvidado de cultivar su inmueble; de « que se deje la casa deshabitada y las puertas abiertas, etc.

« Parecidos hechos no constituyen en general el abandono. Es á « esos casos que el derecho romano aplica también la máxima: *Pos« sessio solo animo retinetur.* Si durante algún tiempo el no goce de « la cosa ó del derecho se ha prolongado, la posesión no se habrá per« dido ó interrumpido por esta única causa ».

Más adelante agrega: « La cuestión de saber si hay pérdida de la « posesión, si hay interrupción de la posesión en semejante caso, de« pende mucho más de los hechos accesorios que se agrupan alrede« dor del no goce, y que hacen, muchas veces, entrever tácitamente la « intención del poseedor de no querer poseer más; todo resulta de las « circunstancias, de la naturaleza de las heredades ó de los derechos « reales poseídos, de la presencia ó ausencia del dueño, de la exten« sión del tiempo del no goce, etc.; no hay regla general sobre este « punto; es una cuestión de intención, abandonada al poder discrecio« nal del juez. Así se podrá decidir en hecho que hay abandono, si el « no uso se ha perpetuado durante largos años, sobre todo cuando se « trata de servidumbres discontinuas ».

Parece haber alguna contradicción entre el primero y el segundo párrafo transcripto. En el primero se sienta como regla general que el no uso no basta para hacer presumir la intención de renunciar, y en el segundo se dice que esa es una cuestión que debe abandonarse, en cada caso, al prudente arbitrio del juez.

Por eso Belime, más lógico, establece que la intención de renunciar la posesión, puede igualmente resultar del cese prolongado de todo acto de goce. Agregando también, en contra de la regla de Dunod, que no se puede determinar *á priori* el tiempo necesario para perder de esa manera la posesión. Eso queda librado al criterio imparcial del juez.

Creemos que esta solución cabe perfectamente dentro de nuestro Código. Es cierto que éste exige que el abandono sea formal, pero ya hemos explicado el sentido que debe darse á ese término. ¿Se quiere una manifestación más clara de la voluntad de abandonar formalmente la posesión, que la que resulta del hecho de dejar baldía una heredad, sin hacer sobre ella durante largos años uno solo de esos actos de goce que ejecutan los poseedores y propietarios?

No obran de semejante manera los que quieren conservar su posesión. Puede, luego, concluirse razonablemente de su larga inacción, que ellos han querido hacer abandono de sus derechos.

El *animus contrarius* que se requiere para perder la posesión sólo

animo, puede resultar de una renuncia expresa ó tácita. Y el caso en que nos ocupamos es precisamente un caso manifiesto de renuncia tácita. El mismo Código Civil prevé expresamente dos casos de pérdida de derechos reales por el no uso: el caso del usufructo y el de las servidumbres.

86.—La enumeración que hace el Código Civil de los casos de abandono de la posesión, es incompleta. No prevé, v. gr., el caso de pérdida de la posesión por abandono legalmente forzado, por ejemplo: en los casos de expropiación por causa de utilidad pública, y en los de ejecución de una sentencia dictada en juicio posesorio ó petitorio. No prevé tampoco el caso de pérdida de la posesión por destrucción ó pérdida total de la cosa.

87.— Con relación á este último caso tenemos que estudiar una cuestión. ¿Se pierde la posesión cuando ha sido inundada nuestra propiedad?

Los autores distinguen. Si la inundación es permanente, definitiva, se pierde no sólo la posesión sino también la propiedad.

Citan como ejemplo el caso en que, por la inundación, el fundo se transforme en lecho natural de un río. En este caso, se forma una cosa nueva, el derecho del antiguo poseedor desaparece por la desaparición de la cosa misma.

Pero si la inundación es pasajera, la posesión se conserva. No hay entonces ni pérdida del *corpus* ni pérdida del *animus*. La naturaleza del fundo inundado no cambia. El fundo queda en posesión y propiedad de su antiguo dueño.

88.— ¿Cómo se distingue la inundación pasajera de la definitiva? Dunod y la antigua escuela enseñan que la inundación deja de ser pasajera cuando ha durado un año. Otros dicen que la inundación, para ser definitiva, debe durar un tiempo considerable. Wodon sostiene que para resolver el problema, no debe tomarse en cuenta la duración de la inundación, sino la naturaleza de su causa. La inundación será permanente si se trata de una causa perpetua, como, por ejemplo, cuando ha mudado el fundo de una manera tal que lo convierte en nuevo lecho de un río. Será pasajera si sólo existe una causa accidental de sumersión, como la rotura de un dique y el desbordamiento debido á una tempestad ó lluvia excesiva.

Esta teoría nos parece la más razonable. Da una regla exacta que servirá de valiosa ayuda al juez para resolver los distintos casos. La de Dunod resulta insostenible. Es, en primer lugar, contraria á la justicia. Es injusto privar á una persona de su posesión por el no uso cuando su inacción proviene de una fuerza mayor que no le es imputable. Es contraria, en segundo lugar, á la teoría posesoria. Como hemos visto, la posesión se conserva sólo *animo*. No puede decirse en el caso que ella se ha perdido *corpore*, porque hay, por el retiro de las aguas, posibilidad física de disponer de la cosa.

Además, Belime ha hecho notar con razón, la inconsecuencia en que incurren los autores que sostienen esa regla. Exigen 10 años de no uso para perder la posesión cuando la heredades de libre acceso, y cuando está inundada, cuando hay imposibilidad de gozar de ella, se contentan con un año. La diferencia es grande entre los dos casos. En el primero el no uso es voluntario, en el segundo forzado.

La otra regla recordada no resuelve el problema.

89.—Estudiemos, ahora, las disposiciones de nuestro derecho sobre la materia. El caso de la inundación pasajera no ofrece duda alguna. El artículo 399 del Código Rural establece que: «Los terrenos que fue«sen accidentalmente inundados por las aguas de los lagos, ó por los «arroyos, ríos y demás corrientes, continuarán siendo propiedad de «sus dueños respectivos.» Debe presumirse también que éstos conservan la posesión. Para ello les basta el *ánimo*.

Ahora, tratándose de la apertura de nuevo cauce en propiedad privada el mismo código distingue. Si se trata de un río navegable ó flotable, la parte del terreno que se transforma en cauce, pasa al dominio público. Agrega que el dueño lo recobrará siempre que las aguas vuelvan á dejarlo en seco, ya naturalmente, ya en virtud de trabajos al efecto. Si el río no es navegable, ó flotable, la propiedad del terreno inundado se pierde también, pero el cauce que se forma no pertenece al Estado, sino á los particulares. Entre estos particulares puede encontrarse el mismo que perdió la propiedad por la inundación.

Sigue, pues, nuestro Código Rural la teoría que hemos sostenido como la más exacta. La inundación pasajera no hace perder, según él, la posesión de los fundos, pero sí produce ese efecto la inundación definitiva. No acepta esa teoría el Código Civil. Con arreglo á sus disposiciones se conserva la posesión aún cuando la heredad haya sido permanentemente inundada. Dice el artículo 1207 que: «Se interrumpe naturalmente la prescripción adquisitiva, *cuando sin pasar la posesión á otras manos*, se hace imposible el ejercicio de los actos posesorios, como en el caso de una heredad que *ha sido permanentemente inundada*». Agregando que en ese caso la interrupción no produce otro efecto, que el de descontarse su duración.

90.—La posesión de los muebles, como la de los inmuebles, se pierde también, por usurpación de un tercero y por abandono voluntario y formal del poseedor. Perdemos, además, la posesión de los mismos. á pesar nuestro, cuando dejan de estar bajo nuestra guarda. Ejemplos: perdemos la propiedad de las palomas, dice el Código Rural, cuando se ausentan espontáneamente y sin fraude de nadie, fijándose en otro palomar. La de la caza herida por el hecho de huir á otro terreno ó caer del aire en él. Esto para la caza en terrenos rurales. Tratándose de centros urbanos rige el Código Civil según el cual se pierde la propiedad de la caza herida desde que deja de seguirse.

91.—El caso de pérdida del enjambre, en que se ocupa igualmente el Código Rural, creemos que puede entrar entre los de pérdida por abandono. Desde que el dueño no lo sigue, ó habiéndose opuesto el propietario de las tierras ajenas no lo reclama dentro de seis días ante la autoridad competente, debe presumirse que tiene intención de hacer abandono formal de él.

92.—El artículo 631 de nuestro Código Civil dice que: «La posesión de la cosa mueble no se entiende perdida mientras se halla bajo el poder del poseedor aunque éste ignore accidentalmente su paradero». Pothier funda esta resolución en lo siguiente: «Es preciso no confundir «con las cosas perdidas aquellas que, no habiendo salido de mi casa, se «han solamente extraviado; porque yo he perdido el recuerdo del lugar «de mi casa donde están, no dejo de conservar la posesión. Por la mis-«ma razón no pierdo la posesión de una cosa en tanto que no haya si-«do movida del lugar donde la he guardado, aunque haya perdido el «recuerdo del lugar donde la puse, y no importa que esto sea en mi he-«redad ó en la de otro».

93.—Cuando poseemos por intermedio de un mero tenedor no se aplican del todo los principios expuestos. Perdemos, entonces, la posesión de tres modos: cuando el mero tenedor quiere adquirirla; cuando la transmite á un tercero; ó cuando un tercero se la arrebata. Estudiemos estos tres casos.

94.—Es un principio antiguo, aceptado por los códigos modernos, el que sanciona que nadie puede cambiar, por sí mismo, la causa de su posesión. «*Nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest*». Así por ejemplo, para adquirir la posesión no le bastará al arrendatario decidirse á poseer, en adelante, con ánimo de dueño. Sin embargo, puede poner fin á la mera tenencia por la interversión de su título. La interversión, dice Baudry-Lacantinerie, es un cambio en el título de la posesión: de precaria que era se transforma en no precaria y por consecuencia en posesión útil para prescribir.

La interversión tiene su origen, según el artículo 2238 del Código Civil Francés, sea en causa proveniente de un tercero, sea en la contradicción opuesta al derecho del propietario.

Nuestro Código Civil reconoce también esas dos causas de interversión. Su artículo 1173 dispone que: «El que tiene la cosa en lugar ó en «nombre de otro y sus herederos, no pueden jamás prescribirla á me-«nos que se haya mudado su mera tenencia en posesión, *sea por cau-«sa procedente de un tercero ó por la oposición que ellos mismos ha-«yan hecho al derecho del propietario*, poseyendo, en adelante, con las «condiciones requeridas por el art. 1170».

95.—La interversión por *causa procedente de un tercero* tiene lugar cuando el mero tenedor adquiere la cosa de un tercero, en virtud de título traslativo de propiedad. Por ejemplo: cuando el arrendatario compra la cosa arrendada á un extraño que no es el verdadero propietario.

Para intervertir la posesión, para poder prescribir, no le bastará su nuevo título, será necesario que posea con las condiciones requeridas por el artículo 1170 de nuestro Código Civil. Si continúa pagando los arrendamientos no puede prescribir, su posesión es *equívoca*. Por el hecho de pagar las rentas, como dice Baudry-Lacantinerie, se reconoce la propiedad en otro y se demuestra que no se posee *animus domini*.

96.—¿Será preciso además que notifique al dueño su nuevo título? Así lo sostiene, entre otros, Vazeille. Se fundan los sostenedores de esa opinión en los peligros de las interversiones secretas.

Pero esta doctrina es contraria al artículo 1173 de nuestro Código Civil. Ese artículo reconoce dos casos distintos de interversión: la causa proveniente de un tercero y la oposición hecha al derecho del propietario. La doctrina de Vazeille lleva á no aceptar más modo de interversión que el segundo. La notificación que se exige, es, también, por sus consecuencias una contradicción á los derechos del propietario. No habría, pues, más que una manera de intervertir. Sin embargo el Código enumera dos.

Semejante solución no perjudica al propietario en el caso de las interversiones que quedan en el misterio. Y no lo perjudica, porque, como hemos dicho anteriormente, no basta para la interversión, el nuevo título, se necesita además una posesión como la que requiere el artículo 1170 del Código Civil. Entre las condiciones de la misma se encuentran la de ser pública, no equívoca y en concepto del propietario. Es indispensable, pues, que el mero tenedor haga públicamente actos que indiquen sus intenciones de poseer á título de dueño. Entre los actos que descubren esa intención, sin necesidad de hacer una notificación al propietario, se encuentran entre otros, como dice Belime, el cambiar la naturaleza de las heredades, destruir las construcciones, enajenar parte de la cosa, etc. etc.

97.—¿Se requerirá para la interversión que el mero tenedor sea de buena fe, es decir, que compre la cosa de un tercero á quien suponga verdaderamente propietario? Así lo sostiene Belime. De lo contrario, dice ese autor, se violaría el principio de que nadie puede por su sola voluntad, cambiar el título de su posesión. Para alcanzar ese fin le bastaría al mero tenedor conseguir un acto de donación del primero que se presente.

Nos parece más razonable la opinión en contra, enseñada por Troplong y Baudry Lacantinerie. La ley no exige la buena fe para la validez de la interversión. La falta de ella será un obstáculo para prescribir por diez y veinte años, pero no para la prescripción treintañal.

Es claro que la adquisición no bastará para intervertir el título si es el resultado de la simulación ó el fraude.

98.—Se puede, en segundo lugar, intervertir el título por la *oposi-*

ción hecha al derecho del propietario. Los actos de los cuales resulte esa oposición pueden ser jurídicos ó materiales. La cuestión de saber si, en cada caso, el mero tenedor ha hecho una oposición suficiente á los derechos del propietario, queda librada á la apreciación del juez. Como regla general se puede sentar que para que haya contradicción, es preciso que el derecho del propietario sea claramente desconocido. La habrá, por ejemplo, si el arrendatario se niega á pagar la renta alegando que la cosa le pertenece. Otras veces puede resultar de un hecho: cuando el arrendatario niega la entrada al arrendador contestándole su dominio.

99—¿Cómo debe probarse la contradicción? Vazeille y Dalloz creen que debe probarse por escrito. Belime, Wodon y Baudry-Lacantinerie sostienen que puede también probarse por medio de testigos. Nos parece más razonable esta última opinión. No hay que olvidar que la contradicción puede resultar de actos materiales, los que, casi forzosamente, sólo podrán probarse con testigos. Además la contradicción es para el detentador uno de los elementos constitutivos de su posesión jurídica, el cual como todos los otros, debe igualmente poder establecerse por testigos.

Fuera de los dos casos enumerados por el artículo 1173 de nuestro Código Civil, el mero tenedor no puede intervertir su título. Es inútil, por ejemplo, que el arrendatario alegue que no ha pagado renta durante mucho tiempo; que el usufructuario haya hecho abusos de goce; eso no les bastará para conseguir aquel resultado.

Algunos comentaristas, como Troplong, incluyen entre las interversiones por causa procedente de un tercero, el caso en que el propietario arrendador vende la cosa á su arrendatario. Creemos que el caso citado no está comprendido en ninguno de los dos de nuestro artículo 1173. No puede entrar en los casos de interversión por causa de un tercero, porque en el debate entre el arrendador y el arrendatario, que sostiene haber adquirido la posesión, no puede considerarse á aquél como tercero. No entra tampoco en el caso de oposición á los derechos del propietario porque no existe contradicción alguna. Al contrario, por el hecho de comprar reconoce, implícitamente, el arrendatario los derechos del arrendador. El caso de Troplong está comprendido entre los de pérdida de la posesión por transmisión de la cosa.

100.—El propietario puede, también, perder la posesión cuando la cosa ha sido transferida por el mero tenedor á un tercero.

El artículo 1174 del Código Civil, concordante con el 2239 del Código Francés, dispone que: « La persona á quien el mero tenedor de la cosa la hubiere transmitido por un título traslativo de propiedad, podrá prescribirla. » Para que pueda prescribir es preciso que tenga la posesión y por consecuencia que el propietario haya perdido la suya.

101.—¿Qué se entiende, en este caso, por título traslativo de pro-

piedad? Los autores están de acuerdo en que la ley se refiere á una transmisión á título singular. Por ejemplo: una venta, una permuta, etc. Los sucesores universales, agregan, no hacen más que continuar la posesión del causante con todos sus vicios y cualidades.

Nuestro Código Civil ha seguido la misma doctrina. Su artículo 1173 dispone, como hemos visto, que el que tiene la cosa en lugar ó nombre de otro *y sus herederos* no pueden jamás prescribirla, á menos que se haya mudado su mera tenencia en posesión por uno de los modos anteriormente estudiados.

102.—No se requiere para hacer perder la posesión al propietario que la enajenación haya sido hecha de buena fe. La ley no distingue. Además, como dice Belime, si el que se apodera de una heredad sin título, adquiere la posesión, ¿por qué no ha de poder adquirirla el que compra de un mero tenedor conociendo su calidad de tal? Pero al menos el título debe ser serio, no simulado. Así, por ejemplo, se exceptúa de lo dicho el caso en que el contrato de venta no es más que un acto destinado á sustituir al mero tenedor una persona capaz de prescribir, que deba devolverle el fundo cuando la prescripción se haya cumplido.

103.—¿El propietario pierde la posesión si el adquirente no tiene más que una posesión simulada? Por ejemplo, si el arrendatario en el contrato de venta toma en arrendamiento la cosa del comprador. No. No basta que el mero tenedor transmita la cosa en virtud de un título traslativo de propiedad, para que el adquirente obtenga la posesión. La ley se limita á decir que podrá prescribir. Podrá prescribir si su posesión reune las condiciones necesarias para ello. Entre esas condiciones se encuentra la de ser pública y no equívoca. Y en el caso, como sostiene Belime, la posesión del comprador no es solamente equívoca con respecto al propietario, sino que es clandestina, porque aquél no tiene ningún medio de reconocerla. Y una posesión semejante no puede hacer correr la prescripción contra el propietario.

Mas si el comprador entra públicamente en posesión de la cosa, el propietario pierde la posesión, aun cuando el arrendatario vendedor continúe pagando la renta. Desde que la posesión es pública, teniendo además los otros requisitos, es útil para prescribir. El propietario no puede alegar ignorancia.

104.—Puede también el dueño perder la posesión cuando un tercero, sin tratar con el mero tenedor, se apodera de la cosa. Cuando el tercero por actos materiales entra en posesión, se está de acuerdo en sostener que desde ese momento la pierde el propietario. Y esto aun en el caso en que el mero tenedor no advierta del hecho al propietario ausente.

105.—Se discute si también la pierde cuando la agresión dirigida contra el mero tenedor consiste en uno de esos actos que llaman los

tratadistas perturbaciones de derecho. Por ejemplo: el requerimiento hecho por un tercero al arrendatario de no pagar en adelante al arrendador sino á él, por ser el verdadero propietario.

Belime dice que hay que distinguir entre el caso en que el arrendatario, á pesar del requerimiento, continúa pagando en manos de su arrendador, y el caso en que, deferiendo á la intimación, pague la renta al autor de la misma. En el primer caso el arrendador conservará la posesión, conozca ó no, el requerimiento hecho á su arrendatario. En el segundo la perderá sólo cuando se pruebe que tenía conocimiento de lo que pasaba.

A nosotros nos parece que las agresiones dirigidas contra el mero tenedor que sean perturbaciones de derecho no hacen en ningún caso perder la posesión al propietario. Y esto, porque para adquirir la posesión no le bastará al que las realiza la intención manifestada en el requerimiento, sino que le es necesario también el acto material que constituye el *corpore.*

Pero si además de las vías de derecho el tercero apela á vías de hecho apoderándose de la cosa, adquiere la posesión siempre que posea en las condiciones requeridas por la ley.

106.—Discuten los tratadistas si las reglas expuestas sobre pérdida de la posesión se aplican también á las servidumbres. Savigny y Wodon sostienen la afirmativa.

Belime enseña que la posesión de las servidumbres no se conserva *solo animo*, es decir, sin ejercerlas, más allá del año. Se funda en el artículo 707 del Código Civil francés. El propietario del fundo sirviente prescribe á efecto de liberarse, prescribe la extinción de la servidumbre. El año empieza á contarse, tratándose de servidumbres continuas, desde la existencia del acto contrario, y en las servidumbres discontinuas desde el último acto de goce.

Empezaremos por recordar que la cuestión sólo tiene interés tratándose de las servidumbres continuas aparentes, las cuales son las únicas que, en opinión de la generalidad de los tratadistas, dan lugar á acción posesoria. Y con respecto á estas servidumbres nos parece que los principios recordados son perfectamente aplicables. La posesión de ellas puede perderse *corpore*, *animo*, y *corpore* y *animo* al mismo tiempo.

Se pierde *corpore*, por ejemplo, cuando la heredad sirviente ha sido permanentemente inundada, ó cuando el dueño de ella, ó un tercero, despoja de la servidumbre al propietario del fundo dominante.

Se pierde *animo*, por ejemplo, cuando el propietario hace remisión de la servidumbre, cuando abandona pura y simplemente el fundo dominante, cuando lo vende y hace tradición de él al comprador, etc., etc.

El caso del inciso quinto del artículo 618 de nuestro Código Civil,

en lo referente á las servidumbres continuas, es un caso de pérdida de la pcsesión *corpore*.

El acto contrario que se requiere para hacer correr la prescripción consiste, si la servidumbre es *positiva*, en un obstáculo material opuesto al ejercicio del derecho; y si es *negativa*, en un acto que viole la obligación de no hacer. En estos casos se pierde la posesión de las servidumbres porque hay imposibilidad de ejercerlas; y se pierde aún cuando se tenga el *animo* de conservarlas.

Y que la posesión se pierde desde la existencia del acto contrario lo demuestran otras disposiciones de nuestro Código Civil. El artículo 648 dice que: « Son obras nuevas denunciables las que, construídas « en el predio sirviente, embarazan el goce de una servidumbre cons« tituída en él. » Y el 650 dispone que: « Si la acción contra una « obra nueva no se dedujere dentro del año, el denunciado será ampa« rado en el juicio posesorio y el denunciante sólo podrá perseguir su « derecho en la vía ordinaria. »

CAPÍTULO VI

Accesión de las posesiones

107. — Los autores franceses llaman, unos, *jonction des possessions*, y otros, *accession des possessions*, al derecho que tiene una persona de prevalerse de la posesión de sus antecesores, ya para entablar las acciones posesorias, ya para oponer la prescripción.

Ese derecho se rige por el artículo 1180 de nuestro Código Civil, según el cual: « El poseedor actual puede completar el tiempo nece« sario para la prescripción, añadiendo á su posesión la de aquél de « quien hubo la cosa, bien sea por título universal ó particular, oneroso « ó lucrativo; con tal que uno y otro hayan principiado á poseer de « buena fe. Cuando por falta de buena fe, ó justo título en el autor, « no pueda el sucesor aprovecharse de la posesión de aquél, podrá, « sin embargo, prescribir siempre que posea, por sí, durante todo el « tiempo señalado por la ley. »

108. — Ese artículo está tomado textualmente del 1955 de las « Concordancias » de Goyena, y en él se separa nuestro derecho de la teoría romana sobre la materia y de la opinión de los comentaristas franceses. Éstos al comentar el artículo 2235 del Código Civil de su patria, (que dispone que: « Para completar la prescripción se puede agregar « á su posesión la de su autor, de cualquier manera que se haya suce« dido, sea á título universal ó particular, sea á título lucrativo ú one« roso »), dicen que se incurriría en un grave error si se tomara rigurosamente su disposición á la letra. El error nacería de que el artículo

parece no establecer distinción entre sucesores universales y particulares en cuanto á la accesión de las posesiones.

Pero la tradición y los principios, agregan, imponen una distinción entre esas dos clases de sucesores. Tratándose de sucesores particulares hay dos posesiones distintas que el sucesor puede reunir ó no, á su arbitrio. Por el contrario, los sucesores universales no hacen más que continuar la posesión de su autor; en lugar de dos posesiones no hay más que una comenzada por el autor y continuada forzosamente por el sucesor. No puede hablarse, pues, á su respecto de reunión, de accesión de las posesiones. Y eso resulta porque el sucesor universal, á diferencia del particular, representa á su autor, ocupa su lugar y le sucede en todos sus derechos y obligaciones.

De aquí resulta que la posesión del sucesor universal no es nada más que la posesión de su autor con todos sus vicios y cualidades. Así, por ejemplo, si el causante era poseedor con justo título y buena fe, esa posesión, útil para la prescripción por diez y veinte años, se continuará con los mismos caracteres á beneficio del heredero. Esto aunque el heredero sea de mala fe en el momento en que la posesión se le transmite. No hay más que una posesión, y la mala fe sobrevenida en el curso de ella, no puede ser opuesta al poseedor. Tratándose de vicios pasa igual cosa. Si el vicio era uno de esos que el autor no podía hacer desaparecer, tampoco lo podrá hacer el heredero. Por ejemplo: si el causante era poseedor de mala fe, el sucesor universal, aún de buena fe, no podrá prescribir sino por treinta años. Si el vicio era reparable por el autor, podrá también ser reparado por el heredero. Así, por ejemplo, la posesión viciada por la violencia. Desde que la violencia cesa, principia la posesión útil para prescribir. Si el causante era poseedor violento pero el heredero no, éste puede perfectamente comenzar á prescribir.

En el caso de los sucesores particulares hay, como hemos dicho, dos posesiones independientes. Ellas pueden, á voluntad del poseedor, ser reunidas ó invocadas, una ú otra solamente.

Para acumularlas se requiere que, tanto la una como la otra, tengan las condiciones exigidas por la ley para la prescripción que se invoca. Si se opone, verb. gr., la prescripción de diez y veinte años, es necesario que tanto el autor como el sucesor, tengan justo título y buena fe. Basta que la buena fe haya existido al principio de cada posesión.

También puede el sucesor particular invocar, según su interés, una ú otra posesión solamente, Por ejemplo: si el autor era de mala fe y el sucesor es de buena fe, éste podrá, poseyendo por el tiempo de la ley, prevalerse de la prescripción por diez y veinte años, no invocando nada más que su propia posesión. En el mismo caso podrá valerse de la posesión de su autor agregándola á la suya, para invocar la prescripción treintañal.

A la inversa, si el autor poseía con justo título y buena fe, y el sucesor, por ejemplo, no es de buena fe, éste podrá acumular á su posesión la de su autor para invocar también la prescripción de treinta años.

109.—Tal es, ligeramente expuesta, la teoría de los autores franceses sobre la materia. Nuestro Código Civil distingue entre sucesores universales y particulares en sus artículos 1173 y 1174. Según el primero, los herederos del mero tenedor no pueden jamás prescribir, á menos, naturalmente, que se haya mudado la mera tenencia en posesión. Con arreglo al segundo, los sucesores particulares del mero tenedor pueden prescribir.

Pero no puede hablarse en esos casos de accesión de las posesiones desde que el mero tenedor no tiene la posesión sino la mera tenencia.

Tratándose de accesión de las posesiones, el artículo 1180 no distingue entre sucesores universales y particulares: exige, en un caso como en otro, que tanto el autor como el sucesor hayan principiado á poseer de buena fe. La buena fe se requiere naturalmente cuando se invoca la prescripción de diez y veinte años. Es claro que si se trata de prescripción treintañal, no se necesita que haya empezado de buena fe ni la posesión del autor ni la del sucesor.

Además, el inciso segundo del indicado artículo les permite, tanto al sucesor universal como al particular, disociar las posesiones. Dice que « cuando por falta de buena fe ó de justo título en el autor no « pueda el sucesor aprovecharse de la posesión de aquél, *podrá* sin « embargo prescribir siempre que posea por sí durante todo el tiempo « señalado por la ley. »

Nuestro Código Civil ha seguido, en esta parte, la teoría de Goyena. Este autor la funda de la manera siguiente: « La distinción romana « entre sucesor universal y particular, era más sutil que justa y sen- « cilla. Toda posesión para el efecto de prescribir ha de comenzar con « buena fe, sin esto no aprovechaba el autor, ¿cómo, pues, podrá apro- « vechar á su sucesor? La de éste debe también comenzar del mismo « modo, porque se trata de un hecho personal y porque de lo contrario « sería forzoso admitir que la mala fe del autor obstaba también al su- « cesor, aun al de buena fe, para poder prescribir por su sola pose- « sión. »

110. Parece injusto que el poseedor universal de buena fe tenga que cargar forzosamente con todos los vicios de la posesión de su autor. Esa solución es injusta aún tratándose de los herederos del mero tenedor. ¿Por qué, por ejemplo, la mera tenencia ha de ser un obstáculo para que el heredero poseedor de buena fe adquiera la cosa por prescripción treintañal? Sin embargo, la ley dice que él no podrá jamás prescribir, á menos que haya mandado la mera tenencia en posesión de uno de los dos modos anteriormente estudiados.

111.—Ya que nos ocupamos en los artículos 1173, 1174 y 1180 del Código Civil, y antes de pasar adelante, vamos á relacionarlos con el 1184 del mismo Código.

Después que se muda la mera tenencia en posesión principia, si ésta reune las condiciones de la ley, el mero tenedor á prescribir. Supongamos que posee dos años la cosa y luego la vende á un tercero. ¿El comprador podrá, para prescribir por diez y veinte años, agregar á su posesión los dos años de posesión útil del vendedor? Nos parece que sí siempre que el comprador haya empezado á poseer de buena fe, y que el mero tenedor, al intervertir su título, haya obrado también de buena fe.

Si hubo mala fe de parte del mero tenedor al intervertir, creemos que el comprador no podrá tomar en cuenta, para invocar la prescripción de diez y veinte años, la posesión de aquél; tendrá que atenerse solamente á la suya. Y esto porque, aún suponiendo que él posea de buena fe, faltaría en el caso una de las condiciones exigidas por el artículo 1180 para la accesión, faltaría la buena fe del autor. Pero es claro que podrá prevalerse de ella para invocar la prescripción de treinta años.

No contraría lo que decimos el artículo 1184. Este artículo se refiere al caso en que el mismo mero tenedor que intervirtió su título, invoque la prescripción. Exige entonces la prescripción de treinta años. Siendo una disposición excepcional debe aplicarse estrictamente.

112.—Varias condiciones se requieren, dicen los tratadistas, para que la accesión tenga lugar.

Es necesario en primer término que las dos posesiones sean contiguas, es decir, juxtapuestas, sin interrupción civil ni natural. Se justifica este requisito teniendo presente que la posesión requerida para el ejercicio de las acciones posesorias y para oponer la prescripción, debe ser continua y no interrumpida.

113.—Se necesita, en segundo término, que las posesiones sean buenas para prescribir. Ante todo es preciso que no tengan uno de esos vicios que hacen imposible toda prescripción. Así ellas no deben ser ni violentas ni clandestinas. Además, según se trate de una ú otra prescripción, se necesita que las posesiones reunan las cualidades requeridas por la ley para la prescripción que se invoca. Si se opone la prescripción de diez y veinte años, se requiere que tanto el autor como el sucesor tengan buena fe y justo título. Si se invoca la prescripción treintañal bastará que cada una de las posesiones tenga las cualidades exigidas por nuestro artículo 1170. La buena fe no se necesitará en ninguna de ellas.

114.—Troplong sostiene que aún tratándose de un sucesor particular, cuando éste para invocar la prescripción de diez y veinte años pretende agregar á la suya posesiones anteriores, le basta, para conse-

guirlo, que el primer poseedor haya sido de buena fe, sin que se tome para nada en cuenta si los posteriores fueron de buena ó de mala fe. « Cuando la ley, dice, autoriza la reunión de las posesiones, entiende « que unidas en conjunto no harán más que un todo indivisible, tan « bien como si la misma persona hubiera poseído sin interrupción. Es « ese todo lo que es menester juzgar en su conjunto y no fraccionán- « dolo; luego, si se encuentra la buena fe en su origen ¿no es indife- « rente que una de las posesiones ulteriores sea de mala fe; no es por « el comienzo que se juzga de la legitimidad de la posesión para pres- « cribir? »

Dentro del derecho francés esta teoría no puede sostenerse, salvo, es claro, en lo que se refiere á los sucesores universales. Tratándose de sucesores particulares no es aplicable el artículo 2269 del Código francés en que se apoya Troplong. Ese artículo, igual á la última parte de nuestro 1181, dispone, al hablar de la buena fe necesaria para la prescripción de diez y veinte años, que es suficiente que ella haya existido al tiempo de la adquisición. Ahora bien: el indicado artículo sólo se refiere al caso de una posesión única. Cuando el sucesor particular, para invocar la prescripción de diez y veinte años se vale de varias posesiones, es necesario, como sostiene Baudry-Lacantinerie, aplicarlo á cada una separadamente. Si recurre á tres posesiones, será necesario que exista la buena fe al principio de cada posesión.

Sin embargo, el artículo 2269 del Código francés se aplica todavía, aquí, en el sentido de que no es un obstáculo para la accesión la mala fe sobrevenida en el curso de cualquiera de las posesiones.

115.—Si la teoría de Troplong no puede sostenerse dentro del derecho francés, menos lo puede ser dentro del nuestro. El artículo 1180 del Código Civil requiere, expresamente, que tanto el autor, como el sucesor, hayan empezado á poseer de buena fe.

116.—Se necesita, en tercer lugar, que las posesiones sean *uniformes*, es decir, de la misma naturaleza. Si el autor no ha poseído más que un desmembramiento del dominio y el sucesor posee la propiedad plena, éste no puede valerse de la posesión de aquél, para completar la suya.

A la inversa, la acumulación puede tener lugar si el autor tenía la posesión plena y entera de la cosa y el sucesor sólo posee un derecho real. Esto en virtud del principio *plus in se continet minus.*

117.—Por aplicación de estas reglas se resuelve que el usufructuario puede agregar á su posesión la posesión anterior del nudo propietario. La posesión plena de éste, comprendía virtualmente la de todos los derechos inherentes al dominio.

Uno de esos derechos desmembrados es el que posee el usufructuario. Así, pues, el usufructuario podrá valerse de la posesión anterior del nudo propietario, en lo que se refiere á la posesión de su derecho real.

118.—El nudo propietario puede invocar la posesión de su usufructuario no en virtud de la teoría de la accesión de las posesiones, sino porque, como hemos visto anteriormente, el usufructuario no es más que mero tenedor con respecto al derecho de propiedad. Es, luego siempre el propietario el que posee ese derecho, por intermedio del usufructuario Por consecuencia la posesión de este último le es útil para prescribir.

Estas soluciones deben extenderse, por analogía, á los que tienen el derecho de uso y el de habitación.

119.—Se necesita, en cuarto lugar, para la accesión de las posesiones que haya entre éstas un lazo de derecho, una relación jurídica que las una.

Ese lazo jurídico consiste, según se desprende de nuestro artículo 1180, en la relación de *autor* á *sucesor*. Es autor, en el sentido del artículo, aquél á quien el poseedor actual, legalmente y regularmente, sucede en la posesión. Hay relación de sucesor á autor entre el heredero y el causante, entre el comprador y el vendedor, entre el legatario y el testador, etc.

No la hay entre despojante y despojado. El que expulsa, violentamente, á otro de la posesión de una cosa y posee á su vez, no puede, para prescribir, agregar á su posesión la de su antecesor despojado. Este último no es autor de aquél.

120.—Los comentaristas franceses están de acuerdo en sostener que deben entenderse los términos de *autor* y *sucesor* en el sentido más amplio. Así, dicen, el que entra en posesión, puede prevalerse de la de aquél á quien sucede cuando entra por causa de una resolución voluntaria ó forzada; en virtud de un pacto de retroventa; de una acción en resolución, nulidad, revocación, etc. El copartícipe puede agregar á su posesión la que sus copartícipes, y él, han tenido durante la indivisión. El legatario puede acumular á la suya la que el heredero tuvo entre la muerte del testador y la entrega de la cosa legada.

121.—Es indiferente, también, para considerar á una persona como autor, que la transmisión, ó entrega de la cosa sea voluntaria ó forzada. La doctrina resuelve que la venta forzada de la cosa produce, en esta materia, los mismos efectos que la venta voluntaria.

122.—También discuten los comentaristas franceses lo siguiente: ¿el poseedor que ha perdido su posesión á consecuencia de una usurpación que ha durado más de un año, y que consigue, después de un juicio ó de un abandono voluntario, la restitución de la cosa usurpada, puede agregar á su posesión la del usurpador?

Laurent sostiene que no puede tener lugar, en el caso, la accesión de las posesiones porque el reivindicante que triunfa no es sucesor del poseedor evicto, y éste no es tampoco su autor. Además la posesión del reivindicante ha sido interrumpida por la posesión de más de

un año del usurpador. La posesión interrumpida no es útil para la prescripción. La ley no dispone que el efecto de la interrupción natural cese cuando el poseedor reivindicante triunfe en el juicio petitorio.

Colmet de Santerre admite la acumulación partiendo de la base de que se puede ser sucesor en cuanto á la posesión, sin serlo en cuanto á la propiedad. « Es cierto, afirma, que el reivindicante no sucede á la « propiedad del demandado, no es su sucesor en lo que respecta á ese « derecho; pero el artículo 2235 no exige que se sea sucesor en cuanto « á la propiedad, dice, en términos vagos, que se puede completar su « posesión por la de su autor; la conciliación de esas dos expresiones « permite suponer que el Código ha pensado primero en el autor de la « posesión y cuando agrega « de cualquier manera que se le haya suce- « dido » emplea una expresión que puede naturalmente interpretarse « en este sentido: suceder en la posesión. Suceder á una persona no « es solamente reemplazarla, es haber estado con esa persona, en « una cierta relación jurídica en lo que se refiere al objeto al cual « se sucede. Luego, en la hipótesis que examinamos, esa relación ju- « rídica ha existido, el demandado en la reivindicación no abandonó, « por su sola voluntad, la posesión, que la otra parte habría entonces « tomado; él la remitió en virtud de un juicio; existe luego entre el « antiguo poseedor y el nuevo una causa jurídica que hace del nuevo « el sucesor del antiguo. »

Troplong distingue. Si el poseedor evicto era de mala fe, y por consecuencia ha sido condenado á la restitución de los frutos, la accesión puede tener lugar. En este caso se reputa que no ha habido interrupción y que el reivindicante vencedor no ha cesado de poseer.

Si, al contrario, el poseedor evicto es de buena fe, y por consiguiente no está en la obligación de devolver los frutos, el nuevo poseedor no puede invocar la posesión de aquél. El artículo 2243 se aplica entonces, de lo que resulta que hay interrupción de la posesión. Hablando de este caso, dice el autor: « Es evidente que la sentencia recaída á fa- « vor del dueño en la cuestión de propiedad, consagra la legitimidad « de la posesión intermediaria que ha venido á dividir en dos la del « propietario. Hablar en este caso de accesión de posesiones sería pro- « poner una ficción, y el artículo 2243 debe conservar su autoridad. « Mas cuando la sentencia condena á la restitución de los frutos se « caería en una ficción más desrazonable considerando como poseedor « intermediario á aquél que está obligado á despojarse del emolumento « de su detención».

Los autores están contestes en criticar este distingo de Troplong. La percepción de los frutos por el poseedor sólo prueba que era de buena fe, así como la restitución no prueba nada más que su mala fe.

El lazo jurídico establecido por el juicio entre el reivindicante y el reivindicado es el mismo en los dos casos. La mala fe del usurpador no

puede ser un obstáculo para la accesión cuando el reivindicante invoque la prescripción treintañal.

No puede sostenerse, como lo hace Troplong, que cuando el usurpador debe devolver los frutos el reivindicante no ha dejado de ser poseedor de derecho. Lo cierto es que el usurpador ha poseído y ha poseído más de un año, tiempo que exige el Código Francés para interrumpir la prescripción. Además Belime y Baudry-Lacantinerie hacen notar lo embarazoso de esta teoría cuando la buena y la mala fe se hayan sucedido.

La teoría de Laurente no es tampoco exacta. Olvida este comentarista que la palabra *autor*, en esta materia, debe tomarse, como hemos dicho, en su sentido más extenso; que es *autor* todo el que transmite la posesión á otro en virtud de una relación jurídica. Ahora bien, en el caso, la sentencia establece un lazo jurídico entre las dos posesiones; el poseedor evicto condenado por ella á entregar la cosa, puede, desde este punto de vista, ser considerado como autor del reivindicante, y éste como sucesor de aquél.

El argumento más serio de esta teoría, es, como lo reconocen sus adversarios, el sacado del artículo 2243 del Código Francés, según el cual hay interrupción de la prescripción cuando el poseedor ha sido desposeído por más de un año. Troplong ha tratado de contestar á él diciendo, como se ha visto, que la sentencia que ordena la restitución de la cosa y de los frutos, hace desaparecer la interrupción. Belime sostiene que el artículo 2243 del Código Francés ha sido hecho precisamente para el caso en que no hay juicio. Este autor sólo lo aplica cuando el usurpador, después de haber gozado por más de un año de la cosa, la abandona y entra de nuevo el poseedor antiguo á poseerla.

Ya hemos demostrado el error de la teoría de Troplong. En cuanto á la interpretación que hace Belime del artículo 2243 del Código Francés, nos parece que tiene razón Baudry-Lacantinerie al sostener que: «Es « difícil admitir que el artículo 2243 deba restringirse, en su aplicación, « á una hipótesis tan quimérica».

La teoría de Marcadé concilia perfectamente los artículos 2235 y 2243 del Código Francés. «Sin duda, dice este autor, yo no podré, haciéndo« me integrar después del año, invocar mi posesión antigua y preten« der que no he cesado de ser poseedor, puesto que dejé cumplirse por « mi silencio de un año, una interrupción irreparable; ¿mas por qué no « podré agregar á mi nueva posesión la que tenía el poseedor á quien « sucedo? ¿Es que yo no lo sucedo muy legítimamente, muy jurídica« mente por una causa que no puede ser más legal ni favorable? Lue« go, si soy para la posesión su sucesor legítimo él es, por consiguiente, « mi autor y yo puedo perfectamente unir su posesión á la mía».

Sólo queda en pie la teoría que enseña, en el caso, la accesión de las posesiones y que tiene en su apoyo la opinión de la mayor parte de los

tratadistas. Ella puede sostenerse también dentro de nuestro derecho. En él no existe ninguna disposición que la contraríe. Llegado el caso, nuestros artículos 1180 y 1207 podrían conciliarse de la misma manera que concilia Marcadé los artículos 2235 y 2243 del Código Francés.

123.—Lo que hemos dicho sobre la acumulación de las posesiones se aplica igualmente al caso de petición de herencia. Así, el heredero real podrá acumular á su posesión la del heredero putativo evicto.

124.—Haremos notar que si el poseedor despojado obtiene, ejerciendo las acciones posesorias, dentro del año, que se le reintegre, se presume que no ha dejado de poseer, se considera que no ha habido interrupción de la posesión.

125.—El autor no puede agregar á su posesión la de su sucesor. Así la Corte de Casación Francesa ha resuelto que el poseedor expropiado por causa de utilidad pública y que no tiene, el día de la expropiación, el tiempo necesario para prescribir, no puede completar su posesión con la del expropiante para reclamar que se le entregue la indemnización, en lugar de entregársela al que demuestra ser propietario en el momento de la expropiación.

126.—Nos hemos puesto generalmente en el caso de dos posesiones sucesivas, pero excusamos decir que puede acumularse mayor número y que las reglas expuestas se aplican, también, en este caso.

CAPÍTULO VII

De la posesión necesaria para entablar juicio posesorio

127.—Sólo un artículo del Código Civil, el 638, concordante con el 1174 del Código de Procedimiento, se ocupa en las condiciones que debe tener la posesión para iniciar juicio posesorio. Ese artículo dispone que: « Cuando la acción para conservar la posesión se dirigiese « contra el anterior poseedor, deberá probar el que la instaura que ha « poseído *tranquila y públicamente*, á lo menos, por un año completo. « Esta misma prueba deberá hacer el que instaure la acción para recu« perar la posesión contra el despojante, ó sucesor de éste, que tuviese « la calidad de anterior despojado respecto del actor. »

Otro artículo del Código Civil, el 624, trata también de las condiciones de la posesión, pero no poniéndose en el caso del ejercicio de las acciones que la protegen, sino en el caso del que adquiere el *derecho de posesión*. Dice el inciso tercero del indicado artículo que: « El que ha « poseído *tranquila y públicamente* por un año completo, sin interrup« ción, adquiere el *derecho de posesión* y se excusa de responder sobre « ésta. »

Fuera de los casos previstos por el artículo 638 la ley sólo obliga al

que entable acción posesoria á probar que era poseedor en el momento de la perturbación ó del despojo. Exige la prueba de la posesión, pero no indica las condiciones que debe tener la posesión invocada. Pero aún en los casos que las indica, la enumeración que hace es incompleta. Así por ejemplo la posesión no será útil si ella es equívoca ó si no es continua. No bastará que ella sea *tranquila y pública*.

128.—Los autores franceses están de acuerdo en sostener que las condiciones de la posesión para ejercer las acciones posesorias deben ser las mismas de la posesión para prescribir. Y esto porque tanto las acciones posesorias como la prescripción se fundan sobre igual base, sobre la posesión. Entre los derechos que da la posesión está, según nuestro Código Civil, el de instaurar las acciones posesorias y el de poder prescribir el dominio, y demás derechos reales, concurriendo las circunstancias requeridas por la ley.

No olvidemos, á pesar de lo expuesto, la pequeña diferencia indicada en la última parte de nuestro capítulo sobre « Adquisición de la posesión. »

De lo dicho resulta que hay que completar el artículo 638 de nuestro Código Civil con lo que dispone el 1170 del mismo. Según este último: « Para poder prescribir los bienes inmuebles se necesita una posesión « continua y no interrumpida, pacífica, pública, no equívoca y en con- « cepto del propietario. »

129.—Las razones que explican por qué la posesión para prescribir debe reunir esas cualidades, dan á conocer, también, por qué debe de reunir las mismas cuando se trata del ejercicio de las acciones posesorias. Es preciso que el dueño sepa que un tercero posee su cosa y que la ocupa con intención de disputarle la posesión ó la propiedad. Es necesario además que de la existencia de esas cualidades resulte en retardo el propietario, de reprimir la usurpación.

130.—Ocupémonos ligeramente en cada una de las condiciones exigidas por el artículo 1170 del Código Civil.

La posesión debe ser *continua*. « La posesión debe ser continua, dice « Laurent, en este sentido, que el poseedor debe hacer los actos regu- « lares de goce que un propietario, buen padre de familia, realiza sin « discontinuación, á fin de sacar de su fundo toda la utilidad que pueda « procurarle. »

Para que la posesión sea continua no es necesario que se goce continuamente de la cosa. Basta que se hagan, con regularidad, los diversos actos de goce de que la cosa es susceptible, según su naturaleza. Puede una posesión ser continua aún cuando los actos de goce no se ejerzan sino con intervalos de algunos años. Así, por ejemplo, Baudry-Lacantinerie cita el caso de un monte tallar cuya posesión regular se ejerce por cortes hechos conforme al orden establecido por los propietarios de montes de esa naturaleza.

Pero no hay que perder de vista que para que la posesión sea continua, es preciso que se hagan actos de goce suficientemente repetidos para advertir al propietario de que el tercero pretende adquirir derechos sobre su cosa, y para ponerle en retardo de oponerse á esa pretensión.

131.—La posesión debe ser *no interrumpida.* La posesión es interrumpida cuando la prescripción ha sido interrumpida natural ó civilmente. Hay interrupción natural de la prescripción adquisitiva, según el artículo 1207 del Código Civil, cuando se ha perdido la posesión por haber entrado en ella otra persona y no se la recupera judicialmente dentro del año. El otro caso de la interrupción natural de la prescripción adquisitiva, que trae nuestro Código Civil, no es en realidad, como se desprende del inciso último del citado artículo 1207, un caso de interrupción sino de suspensión de la prescripción. Se interrumpe civilmente toda prescripción, con arreglo al artículo 1209, por el emplazamiento judicial notificado al poseedor. El efecto de la interrupción es anular, por completo, la posesión anterior al acto interruptivo; llegado el caso sólo podrá invocarse la posesión futura.

No hay que confundir la interrupción de la prescripción con la discontinuación de la misma. La interrupción es obra de un tercero, la discontinuación proviene de un hecho del poseedor. Baudry-Lacantinerie sostiene que el abandono momentáneo de la posesión, implica interrupción de la posesión y de la prescripción. La interrupción es una pérdida momentánea de la posesión; la discontinuación supone que el goce no se ha ejercido regularmente.

De aquí resulta que una posesión puede ser discontinua sin ser interrumpida. El que no goza sino irregularmente, no pierde la posesión, lo que pasa es que esa posesión no le es útil para prescribir. A la inversa, puede haber interrupción civil sin que cesen los actos de goce del poseedor. « Cuando la interrupción es civil, dice Laurent, el demandado continúa poseyendo durante la instancia; el resultado del proceso decidirá si esa posesión es útil para la prescripción.» La interrupción natural trae siempre aparejada la discontinuación de la posesión.

Baudry-Lacantinerie critica á Marcadé porque sostiene que la discontinuación es una enfermedad de la posesión y que la interrupción es la muerte de ella. Esta crítica resulta fundada si se consideran ambas, con relación á sus efectos: tanto la posesión interrumpida como la discontinua son inútiles para prescribir. La posesión útil no empieza sino desde el momento en que cesa la discontinuación ó la interrupción.

Se diferencia también la interrupción de la discontinuación en que el poseedor no debe probar que su posesión es no interrumpida, sino que es el adversario el que está obligado á demostrar la interrupción

que alega. Por el contrario, es el poseedor el que debe probar la continuidad.

Mas para evitar las dificultades de esa prueba, el legislador la facilita estableciendo en el artículo 629 del Código Civil que: «Si al» guien prueba haber poseído anteriormente y poseer actualmente, se « presume la posesión en el tiempo intermedio, sin perjuicio de la « prueba contraria. » Si probados esos dos extremos, el adversario sostiene que ha habido discontinuación en el tiempo intermedio, debe demostrar su afirmación.

El saber cuándo hay posesión anterior es una cuestión de hecho. Se requiere, naturalmente, una posesión con las condiciones de nuestro artículo 1170, y que además haya durado algún tiempo. El tiempo requerido depende de las circunstancias y del prudente arbitrio del juez.

Para ampararse en la presunción del artículo 629 hay que probar la posesión antigua y la actual. Nuestro Código, siguiendo al Francés, se ha separado, en esta parte, del antiguo derecho, el cual sacaba de la posesión antigua la presunción de posesión actual.

Si la posesión anterior no hace presumir la actual, la actual no hace tampoco presumir la antigua.

La discontinuación y la interrupción natural, son vicios absolutos de la posesión, que pueden ser invocados por todos los que tengan interés. La interrupción civil por el contrario es un vicio simplemente relativo.

132.—La posesión debe ser *pacífica.* ¿Qué se entiende por posesión pacífica? Según una teoría sostenida por Pothier, es posesión pacífica la que no ha sido interrumpida, natural ni civilmente, durante todo el tiempo necesario para prescribir.

Para Baudry-Lacantinerie es posesión pacífica la posesión no violenta. Dentro de este sistema el artículo 2229 del Código Francés, exigiendo que la posesión sea pacífica, y el 1233 del mismo código, al disponer que los actos de violencia no pueden fundar una posesión capaz de operar la prescripción, formulan una sola y misma regla. Si el poseedor emplea la violencia para conservar una posesión pacíficamente adquirida, por ese solo hecho, siempre bien entendido que se mantenga en posesión, ó que la recupere legalmente, si ha sido desposeído, su posesión no deja de ser útil para prescribir.

Según un tercer sistema, seguido por la mayoría de los autores, entre otros por Laurent, Wodon, Troplong, Marcadé, etc., los artículos 2229 y 2233 del Código Francés, establecen condiciones diferentes. El artículo 2229 exige que la posesión haya sido pacífica durante todo el curso de la prescripción. El artículo 2233 está concebido en un sentido diferente. La violencia no es un estado permanente, es un acto momentáneo qne se emplea para adquirir la posesión; es en este concepto

que el artículo 2233 dice que los actos de violencia no pueden fundar una posesión útil para prescribir. Una posesión violenta no es más que la posesión que ha comenzado por la violencia. El tiempo que ésta dura no puede el poseedor invocarlo para la prescripción.

Posesión pacífica es, para este sistema, aquella cuyo goce no ha sido turbado. Se trata aquí de perturbaciones de hecho. Una posesión puede no ser pacífica aún cuando no haya principiado violentamente. Por ejemplo, cuando ha sido frecuentemente turbada por un tercero, sin que el poseedor acudiera á la justicia para hacer cesar las perturbaciones. Esa posesión no es violenta porque no comenzó por la violencia, y porque el poseedor, que rechaza la fuerza con la fuerza, no hace más que usar de su derecho. Pero tampoco es una posesión pacífica y por consecuencia no es útil para prescribir. «Es menester, dice Laurent, « que la posesión sea la manifestación de un derecho en la cosa, luego « la perturbación de hecho que el poseedor se limita á reprimir con el « hecho, hace dudoso el derecho del poseedor.»

¿Qué sistema ha seguido nuestro Código? Dejemos de lado el sistema de Pothier que confunde, como hacen notar los autores, la posesión no pacífica con la posesión interrumpida.

Nuestro Código Civil, según se desprende de sus artículos 626, 627 1170 y 1172 combinados, parece haber seguido un sistema mixto. Para él, como para el sistema de Baudry-Lacantinerie, es posesión pacífica la posesión no violenta. Pero se diferencia en que se es poseedor violento, no sólo cuando se adquiere la posesión por la fuerza, sino también cuando habiéndola obtenido pacíficamente se repele al dueño que quiera apoderarse de la cosa. Esto resulta de los artículos 626 y 627 del indicado código. «Posesión violenta es, dice el primero, la que se « adquiere por la fuerza.» «El que en ausencia del dueño, agrega el « segundo, se apodera de la cosa, y volviendo el dueño lo repele, es « también poseedor violento.» No es posible, pues, sostener dentro de nuestro derecho que se conserve, como dice Baudry-Lacantinerie, la posesión útil para prescribir cuando el poseedor emplea la violencia á fin de mantenerse en una posesión pacíficamente adquirida.

Nuestro código se asemeja al sistema de Laurent, en que exige para que la posesión sea pacífica, que no haya sido turbada durante todo el tiempo necesario para prescribir. Se diferencia de él en que las perturbaciones llevadas al poseedor que adquirió la posesión sin violencia, no transforman esa posesión en no pacífica sino en posesión violenta.

De lo dicho, y de lo que expondremos más adelante, resulta, que quizá pueda sostenerse, que cuando las perturbaciones violentast ienen lugar dentro del año no cabe distinguir en nuestro derecho, entre posesión no pacífica y posesión violenta. Pero si la perturbación tiene luguar después del año, es posible hacer semejante distinción.

133.—Estudiemos algo la posesión violenta. Posesión violenta es, en primer término, la que se adquiere por la fuerza. Es, por ejemplo, poseedor violento de una heredad, el que para apoderarse de ella, expulsa con violencia al antiguo poseedor. De una cosa mueble, el que la arrebata á otro y se posesiona de ella.

La fuerza puede ser actual ó inminente. Actual cuando se emplea en realidad la fuerza, é inminente cuando se amenaza con su uso, y estas amenazas, sin necesidad de consumarse, obligan al antiguo poseedor á abandonar la cosa.

Es indiferente que para ejecutar la violencia se empleen, ó no, armas. Pero las amenazas deben ser tales que inspiren el temor fundado de sufrir un mal inminente y grave en la persona ó bienes del poseedor ó de sus parientes más próximos.

Las simples vías del hecho inherentes á la entrada en posesión y que no implican, como dice Troplong, ninguna idea de empleo de la fuerza, no constituyen la violencia.

Sostiene Pothier que si hago consentir al poseedor el abandono de la cosa aunque emplee la violencia y las amenazas para arrancar de él ese consentimiento, la posesión que adquiero, por el abandono, será una posesión injusta mas no violenta; no se puede sostener que el que ha hecho abandono de la cosa ha sido despojado. Troplong, Wodon y Belime sostienen esta decisión.

Y ella es razonable. La violencia no se empleó para entrar en posesión desde que el tercero se apoderó pacíficamente de la cosa abandonada, sino que se usó para conseguir el consentimiento. Lo que resulta de esto es que el contrato será rescindible porque el consentimiento fué arrancado por la fuerza. El vicio está en el título y no en la posesión. Se concibe perfectamente un contrato rescindible y una posesión no viciosa.

134.—Es en segundo lugar poseedor violento, según nuestro código, el que en ausencia del dueño se apodera de la cosa, y vuelto éste, lo repele.

¿Cuál es el fundamento de esa disposición? El artículo 627 del Código Civil, que eso establece, ha sido tomado textualmente del código chileno. Comentando éste último, dice Chacón que el código de su patria adoptó aquella resolución por el siguiente motivo de Pothier: « El que había salido de su heredad conservaba la posesión por la « voluntad que tenía de volver á ella. En el momento en que le impido « entrar, lo despojo de su posesión y sólo desde ese instante yo la ad- « quiero. Desde que uso de la fuerza para impedirle entrar, es claro « que adquiero por la fuerza la posesión de esa heredad, y por consi- « guiente, tengo de ella una posesión violenta. »

Esta razón de Pothier si se explica en Roma, donde, como hemos visto, el dueño ausente no perdía la posesión de la cosa hasta que

conociera los actos de dueño hechos por un tercero sobre ella, no tiene cabida dentro de nuestro derecho. Con arreglo á éste, si un tercero se apodera de la cosa del propietario ausente y ejerce actos de dominio, adquiere la posesión desde ese momento. No puede decirse, por consiguiente, dentro de nuestra ley, que el tercero recién adquiere la posesión cuando, vuelto, el propietario lo repele.

Otras razones habrán tenido en cuenta nuestro código y el chileno para adoptar la indicada resolución. Parece justo que el que aprovechando una ausencia de varios días del verdadero dueño se apodera de la cosa, y vuelto éste, lo rechaza violentamente, sea considerado como poseedor violento. Salvo, naturalmente, cuando hubiera poseído un año completo, en cuyo caso habría adquirido *el derecho de posesión*, perdido por el propietario de la cosa.

No es preciso, para que exista la violencia, que ésta se emplee contra el verdadero propietario de la cosa, basta que se use contra el que la poseía sin serlo, ó contra el que la tenía en lugar ó á nombre de otro.

No es necesario tampoco que uno mismo ejerza los actos de violencia, es suficiente que otro los ejecute en nuestro nombre y por nuestras órdenes.

Lo mismo debe resolverse cuando alguno, habiendo empleado la violencia en nombre nuestro y sin nuestras órdenes, ratificamos después, expresa ó tácitamente, lo hecho.

Dice el artículo 1172 del Código Civil, que la posesión útil no principia hasta que ha cesado la violencia. En Roma, el que empleó la violencia no podía jamás prescribir, y el vicio era tan perpetuo que ni aún podía hacerlo el tercer adquirente de buena fe. El vicio sólo se purgaba con la vuelta de la cosa á poder del dueño despojado ó por un arreglo con él.

A Laurent esta doctrina antigua le parece mucho más moral y mucho más jurídica que la del código francés, que es también la nuestra. « Legitimar la posesión, dice, desde que la fuerza ha cesado, es legiti- « mar la fuerza misma; en este sentido, al menos que los hombres no « retrocederán más ante la violencia porque pueden esperar que cesando « ella, verán su empresa ilegal consagrada por la ley. Hay aquí una « profunda ofensa al derecho y al respeto que él debe inspirar. »

Según se desprende de la exposición de Bigot-Préameneu, el Código Francés se separó de la regla romana porque ella no podía conciliarse con el sistema general de las prescripciones. El sistema del Código Francés evita que el poseedor pacífico de la cosa pueda ser privado de la misma por el solo hecho de que en otra época, quizá lejana, un antiguo poseedor adquirió con violencia la posesión de ella.

La violencia ¿es un vicio absoluto ó relativo? Laurent sostiene que es absoluto; Baudry-Lacantinerie que es sólo relativo. Dentro de nuestro Código Civil no cabe la discusión. Dice su artículo 625 que

son posesiones viciosas *relativamente al despojado:* la violenta y la clandestina. El vicio resultante de la violencia sólo podrá, pues, invocarse por el despojado. Así, si empleo la violencia para entrar en posesión de una heredad, que, un tercero, no propietario, posee, y luego entabla el dueño acción reivindicatoria contra mí, no podrá éste oponerse á la prescripción que invoco alegando que mi posesión es violenta. Mi posesión es violenta con relación al tercero, antiguo poseedor, pero no con respecto al propietario reivindicante.

135.—La posesión debe ser *pública.* Los autores franceses traen como definición de la posesión pública la de la Costumbre de Melún. La posesión es pública cuando ha sido ejercida *á vista* y *conocimiento de aquéllos que la han querido ver y saber.* Esta definición es buena para los que sostienen, como Laurent, que la clandestinidad es un vicio absoluto de la posesión que la hace inútil para prescribir con respecto á todos. De aquí resulta que la posesión para ser pública debe haber sido ejercida á vista y conocimiento de todos.

Pero ella no es exacta para los que creen que para ser la posesión pública, y por consecuencia útil para prescribir, basta que haya sido ejercida á vista y conocimiento de aquél á quien la prescripción se opone. Para éstos la clandestinidad es un vicio relativo de la posesión que sólo puede ser invocado por aquellos con relación á los cuales la posesión ha sido clandestina.

Esta teoría es la que ha seguido nuestro Código, el cual dice, como hemos visto, que son posesiones viciosas, relativamente al despojado, la violenta y la clandestina. Cabe, pues, perfectamente dentro de nuestra ley la definición que de la posesión clandestina trae el Código Chileno. « Posesión clandestina, dice, es la que se ejerce ocultándola « á los que tienen derecho para oponerse á ella. » Así, por ejemplo, escribe Baudry-Lacantinerie, para agrandar mi bodega cavo debajo de la casa de mi vecino. Si la existencia de la usurpación se manifiesta por una abertura hecha en su jardín, yo podré, después de haber transcurrido treinta años, oponer la prescripción sin que pueda alegar que la abertura visible para él, no la era para todos los demás.

¿ Por qué la posesión debe ser pública ? Porque, responde Dunod, ella debe ser tal como acostumbran tenerla y ejercerla los dueños que usan de sus bienes. Ahora bien, el propietario no se oculta para gozar de la cosa, obra como se tiene el hábito de hacerlo.

No se requiere para que la posesión sea pública con respecto á los terceros interesados, que éstos la hayan conocido; basta que hayan *podido* conocerla. Si por su negligencia pierden la posesión, á nadie, si no á ellos mismos, pueden imputar esa consecuencia.

Sostiene Pothier que para juzgar si la posesión es clandestina hay que tomar en cuenta el tiempo en que se adquiere la posesión de la cosa. De aquí resulta que si la posesión no fué adquirida clandestina-

mente no se transforma en clandestina porque después se oculte la cosa poseída. A la inversa, si la posesión de la cosa ha sido adquirida clandestinamente, no deja de tener ese vicio por el hecho de que, luego, se dé conocimiento de la posesión á la persona que puede reivindicarla.

La generalidad de los autores rechazan esta teoría y enseñan que la publicidad es un estado permanente que debe existir durante todo el tiempo de la posesión. Puede resultar, pues, que la posesión pública se convierta en clandestina si la publicidad desaparece, y que la clandestina se transforme en pública, y por consecuencia en útil para prescribir, desde el día en que la clandestinidad cese.

Los mismos autores hacen notar que los actos de posesión clandestina son muy raros. El solo interés práctico, afirma Laurent, que la teoría de la clandestinidad presenta, concierne á las anticipaciones que los agricultores realizan cultivando sus campos. Si se ha usurpado una extensión de terreno importante, los autores están de acuerdo en considerar como pública la posesión del terreno usurpado. La duda no nace sino cuando se ha usurpado una parte estrecha de terreno. ¿La posesión de esta parte es pública ó clandestina? La Corte de París ha juzgado «Que las usurpaciones de tierra que se hacen gradualmente «cultivando, son casi siempre imperceptibles y sólo dan lugar á una «posesión clandestina; que una posesión parecida, por larga que sea, «no puede jamás hacer suponer de parte del propietario el abandono «de sus derechos y servir de base á la prescripción.» Los autores combaten esta opinión sosteniendo que el hecho de trabajar y cultivar una faja de tierra, por pequeña que sea, en el fundo vecino, es un hecho de posesión pública que puede llevar á la prescripción.

Nos parece este criterio el más exacto. El propietario de la heredad ha podido conocer que su lindero posee una parte de su terreno, con intención de adquirirla, porque esa posesión se manifestaba por signos exteriores, por los cultivos realizados á la luz del día. Si no ha sido diligente, y por consecuencia pierde la propiedad de la parte poseída, de nadie sino de él es la culpa.

136.—La posesión debe ser *no equívoca.* ¿Cuándo la posesión es equívoca? Dos teorías se presentan pretendiendo contestar á esta pregunta. Según la primera, la ley al mandar que la posesión no sea equívoca no requiere una condición más, distinta de todas las otras. Sólo se trata de un complemento de las demás, de un carácter que les es común á todas. La posesión no equívoca es aquélla cuyas cualidades, continuidad, publicidad, etc., resultan de una manera clara y cierta de los hechos alegados por el poseedor. A la inversa, la posesión será equívoca cuando no es suficientemente continua, pública, pacífica, exclusiva y á título de propietario.

Laurent sostiene la segunda teoría. «Una posesión es equívoca, di-

«ce, cuando es dudosa por su naturaleza, de suerte que no se sabe si «es la manifestación de un derecho perteneciente al poseedor ó si es «puro hecho. Tal es la posesión del comunero».

El indicado autor funda su teoría sobre la jurisprudencia. Criticando la teoría anteriormente expuesta sostiene que está en oposición con el texto de la ley. Ésta coloca el carácter de no equívoca en la misma línea que las otras condiciones, de donde resulta que lo considera como un requisito distinto que no se confunde con los demás. Agrega también que esa teoría confunde los caracteres que debe tener la posesión con la prueba de la existencia de esos mismos caracteres.

El mismo Baudry-Lacantinerie, por más que sostenga que la controversia entre las dos teorías tiene poco interés, reconoce que los casos resueltos por la jurisprudencia: «se refieren en general á la cues-«tión de saber si los actos invocados aparecen ó no como el ejercicio «manifiesto de un derecho.»

Esta teoría la establece nuestro Código Civil con respecto á los herederos, en el inciso segundo de su artículo 1125: « Si todos los cohe- « rederos, dice, poseyesen en común la herencia, ó alguno de ellos en « nombre y como cosa de todos, no tiene lugar la prescripción. »

137.—Examinemos el caso de la posesión del comunero. Cada uno de los que posee en proindiviso una cosa, posee, no hay duda, pero su posesión es común, promiscua, equívoca, y por consecuencia incapaz de servir de fundamento á la prescripción, porque ésta requiere una posesión á título de propietario exclusivo.

Podrá, cuando demuestre que ha poseído á título de propietario indiviso, y siempre que su posesión reuna los otros caracteres de la ley, adquirir por prescripción una parte también indivisa de la cosa que posee. Así lo ha resuelto la jurisprudencia francesa. Su posesión común, promiscua, es un obstáculo para que adquiera la propiedad exclusiva, pero no lo es para que obtenga, por prescripción, una propiedad también común.

Reconoce lo dicho nuestro Código Civil en su artículo 1176: « La « prescripción, dispone, adquirida á favor de un copropietario ó comu- « nero, aprovecha á los otros.»

Puede también el comunero adquirir la propiedad exclusiva de la cosa indivisa ó de una parte de ella. Para esto necesita una posesión exclusiva durante el tiempo necesario para prescribir; se requiere que goce exclusivamente durante treinta años de una porción de la cosa ó de toda ella. Así lo establece nuestro Código Civil en el inciso primero del artículo 1125, tratando de los coherederos: «La acción, dice, « para pedir la partición de la herencia expira á los treinta años contra « el coheredero que ha poseído el todo, ó parte de ella, en nombre « propio y como único dueño. »

¿Necesitará en este caso el comunero para prescribir, que haya in-

tervertido su título? Ya hemos visto que, según nuestra ley, los que tienen la cosa en lugar y á nombre de otro no pueden jamás prescribir á menos que hayan intervertido su título, sea por causa proveniente de un tercero, ó por la contradicción opuesta á los derechos del propietario.

Una sentencia de la Corte de Casación de 16 de Diciembre de 1873, parece exigir, en el caso, la interversión puesto que dice que el comunero debe oponer una *contradicción formal* á los derechos de los otros comuneros. Pero lo cierto es que el artículo 1173 de nuestro Código Civil no es aplicable al comunero que quiere prescribir, porque sólo se refiere á los mero tenedores, y los comuneros no son mero tenedores de la cosa sino que la poseen como copropietarios. La misma Corte de Casación ha seguido, en otras sentencias, la verdadera doctrina, estableciendo que el comunero que posee la cosa, en esa calidad, no necesita un título nuevo para prescribirla totalmente contra los otros comuneros; le basta que su posesión haya sido, durante todo el tiempo de la ley, exclusiva, sin actos de posesión de los otros copropietarios.

Mas si no se requiere la interversión del título se necesita que la posesión sea forzosamente intervertida. Ésta de común debe convertirse en exclusiva Es una interversión de hecho. Laurent y Baudry-Lacantinerie transcriben las siguientes palabras de una sentencia de la Corte de Dijón que explican en qué consiste esa interversión de hecho: « Para prescribir entre copropietarios es menester de parte del que « pretende adquirir á título privativo, actos exteriores y contradicto- « rios, agresivos y perseverantes, que, por una manifestación no equí- « voca, coloquen á la sociedad en retardo de defender su derecho; de « otra manera se supone que representa la comunidad y que goza en « virtud de su título tanto para ella como para él.»

Otro caso, dice Baudry-Lacantinerie, en que habrá frecuentemente posesión equívoca es el de una comuna que pretenda haber adquirido por prescripción la propiedad de un camino. Cuando los actos de posesión que ella invoca fueron realizados por los diversos habitantes que la componen, pueden tener un carácter equívoco, es posible preguntarse si los han hecho en su nombre personal y en su interés ó á nombre de la comuna y en interés de ésta.

Todo dependerá de la prueba. Si de ella resulta que los habitantes han poseído á nombre y en interés propio, no puede hablarse de posesión equívoca ó no equívoca de la comuna. Si se comprueba que han poseído en nombre de la comuna, ésta podrá prevalerse de la posesión de los habitantes para prescribir. Si hay duda, si no se sabe si se poseyó á nombre propio ó de la comuna, ni ésta ni los habitantes podrán alegar la prescripción. La comuna porque no se ha comprobado que se poseyera para ella; los habitantes porque no resulta que poseyeron para sí, que tuvieron el *animus domini.*

138.—La posesión debe ser en *concepto de propietario.* Nuestro Có-

digo Civil dice que la posesión debe ser en concepto de propietario para evitar las dudas á que da lugar el empleo, por el Código Francés, de las palabras « á título de propietario. » Pudiera quizás creerse que la ley requiere para prescribir que se posea en virtud de un título traslativo de propiedad, cuando lo que ella exige es que se posea *animus domini*, en concepto de propietario.

No es preciso que se crea de buena fe ser dueño de la cosa poseída, basta que se posea como un propietario y que se obre como tal. Así, el usurpador puede tener una posesión útil para prescribir, poseer el *animus domini*, por más que sepa perfectamente que la cosa pertenece á otro. Existe también el *animus domini* en los que detienen en virtud de un título traslativo de propiedad, por ejemplo: la venta.

Los que tienen la mera tenencia no son poseedores, no detienen la cosa para sí, en concepto de dueños, sino para otros y á nombre de otros. Están en este caso, por ejemplo, el arrendatario, el secuestre, el comodatario, el acreedor prendario, etc. El Código Francés los llama impropiamente poseedores precarios. Ellos no poseen, son aquéllos á quienes representan los que poseen por su intermedio, ó aquéllos de quienes la cosa hubieron. Más adelante nos ocuparemos en la mera tenencia.

139.—Es una aplicación del principio de que la posesión útil para prescribir debe ser en concepto del propietario el artículo 1171 de nuestro Código Civil según el cual: « La omisión de actos de mera facul-
« tad y la mera tolerancia de actos de que no resulta gravamen, no
« confieren posesión, ni dan fundamento á prescripción alguna. Se
« llaman actos de *mera facultad* los que cada cual puede ejecutar en
« lo suyo sin necesidad de consentimiento de otro. »

El artículo 2232 del Código Francés dispone que: « Los actos de pura
« facultad, y los de simple tolerancia, no pueden fundar ni la posesión
« ni la prescripción. »

Los autores franceses discuten extensamente lo que debe entenderse por actos de *pura facultad*. Siendo las facultades derechos y estando en la naturaleza de todo derecho la facultad de hacer uso de él, ¿cómo se distinguirán los derechos prescriptibles de las facultades imprescriptibles?

Resumiremos ligeramente algunos de los sistemas propuestos para resolver esa cuestión.

Dunod sostiene que facultades imprescriptibles son las que derivan de la libertad natural, aquéllas que implican el ejercicio del derecho de propiedad; aquéllas, en fin, que la ley atribuye á todos independientemente de toda convención.

Aubry y Rau dicen que son imprescriptibles las facultades inherentes al derecho de propiedad, ó que derivan de una concesión legal.

Troplong expone que es de esencia de las facultades el obrar úni-

camente sobre nosotros mismos y sobre las cosas que están á nuestra disposición, y de no obrar jamás sobre la persona ó la propiedad de otro.

Laurent enseña que las facultades son el ejercicio de la libertad en su aplicación á las relaciones civiles.

Para Baudry-Lacantinerie, facultades imprescriptibles son las consecuencias del derecho de propiedad que derivan de una manera directa de la ley, independientemente de toda convención. Al contrario, los derechos propiamente dichos, opuestos á las facultades, son constituídos por la voluntad del hombre. Estos derechos, que derivan de una convención, son prescriptibles. Hay también que tomar en cuenta que las facultades legales reservadas por una convención, no se prescriben. Y debe agregarse todavía que las facultades convencionales no pueden extinguirse por prescripción si proceden de la esencia, ó de la naturaleza del contrato; ellas subsisten mientras subsista el contrato.

Discuten igualmente los tratadistas franceses si la regla que establece que las puras facultades son imprescriptibles se encuadra, ó no, dentro de su artículo 2232.

Semejantes inconvenientes los salvan nuestro Código Civil y el Chileno estableciendo lo que debe entenderse por actos de mera facultad. Como hemos dicho, llaman actos de mera facultad á los que cada cual puede ejecutar en lo suyo sin que se necesite el consentimiento de otro El Código Civil Chileno, para hacer más comprensiva la definición, agrega por vía de ejemplo: «Así el que durante muchos años dejó de « edificar en un terreno suyo, no por eso confiere á su vecino el derecho « de impedirle que edifique.»

Además, esos Códigos, para evitar también las dudas, hablan de la *omisión de actos de mera facultad.* Nuestro Código parece haber seguido en esta materia á Colmet de Santerre y á Mourlon. Este último traduce así la regla francesa que dispone que los actos de pura facultad no pueden fundar ni la posesión ni la prescripción: «El que bene- « ficia indirectamente de la inacción de otra persona que se abstiene « de hacer actos de pura facultad, no puede prescribir contra ella, al « efecto de adquirir el derecho de impedirle ejecutar esos actos en lo futuro».

140.—*La mera tolerancia de actos de que no resulta gravamen no confiere posesión ni da fundamento á prescripción alguna.* El Código Francés se limita á decir que los actos de simple tolerancia no pueden servir de fundamento á la posesión ni á la prescripción. Nuestro Código, más prudente en esto que el Código Francés, aclara el sentido de las palabras de éste, diciendo: «*la mera tolerancia de actos de que « no resulta gravamen.*»

Los comentaristas franceses hacen notar que es mucho más fácil definir los actos de mera tolerancia que los de mera facultad. Se trata

de actos que un buen vecino *tolera*, porque procurando ventajas al que los ejecuta no originan perjuicios apreciables al que los tolera. Los actos realizados al amparo de esa tolerancia no pueden hacer adquirir una posesión útil para prescribir. Tratándose de esta posesión los actos deben ser la manifestación de un derecho de propiedad, y la tolerancia es la negación de todo derecho.

Como ejemplos de actos de mera tolerancia que no confieren posesión, dice el Código chileno que «el que tolera que el ganado de su « vecino transite por sus tierras eriales, ó paste en ellas, no por eso se « impone la servidumbre de este tránsito ó pasto.»

Es también una aplicación de ese principio lo dispuesto por el artículo 608 del Código Civil, según el cual las servidumbres discontinuas no pueden constituirse sino en virtud de título. La posesión, aún la inmemorial, no basta para establecerlas. Los actos de goce que se podrían invocar no son generalmente más que actos de buena vecindad que el propietario tolera porque no le originan perjuicios apreciables.

El vicio del goce ejercido á título de mera tolerancia es un vicio absoluto. El que ejecuta esos actos de goce no puede invocarlos para prescribir contra nadie, porque no tiene con relación á ninguno la posesión requerida por la ley para la prescripción.

141.—¿Los actos ejercidos á título de mera tolerancia pueden, á consecuencia de una interversión del título, análoga á la de nuestro artículo 1173, dar lugar á una posesión útil para prescribir? Es claro que se trata del caso en que la prescripción es posible.

Nuestro artículo 1173 no es aplicable entonces, porque se refiere á los mero-tenedores, á los que tienen la cosa en lugar ó nombre de otro, circunstancia en que no se encuentra el que ejecuta los actos de mera tolerancia. Pero puede haber una interversión de hecho á consecuencia de la cual los actos de mera tolerancia se conviertan en actos de posesión útil para prescribir.

142.—Los mero-tenedores no tienen el *animus domini*, en esto se distinguen, según la teoría subjetiva, de los poseedores.

Los autores franceses dicen que la ausencia del *animus domini* constituye la precaridad, y llaman posesión precaria á la de los que poseen para otro; por ejemplo, la del arrendatario, depositario, etc. Pero, como lo reconocen ellos mismos, la posesión precaria no es una verdadera posesión, el arrendatario no posee, el que posee es el arrendador por su intermedio.

Hacen notar, también, los indicados autores que la posesión precaria tiene en derecho moderno distinto significado del que tenía en Roma. En Roma se llamaba posesión precaria la de aquéllos que la habían obtenido del propietario como un favor que éste podía retirarles á su antojo. El poseedor precario no gozaba de ningún derecho con relación al propietario, pero podía ejercer los interdictos posesorios

con respecto á los terceros. En el derecho moderno son poseedores precarios, como dijimos, los que poseen para otros.

Nuestro Código Civil, razonablemente, no habla de posesión precaria sino de mera tenencia, y llama á los que gozan de ella mero-tenedores. Su artículo 628 dice que: « Se llama *mera tenencia* á la del « arrendatario, secuestre, comodatario, acreedor prendario y demás que « tienen una cosa en lugar y á nombre de otro. La posesión es de la « persona de quien la cosa tiene. »

Son, además de los que cita el Código, mero-tenedores, el gestor de negocios; el mandatario; los administradores, ya administren bienes de las personas de existencia ideal ó de existencia visible; el acreedor anticrético; el enviado en posesión provisoria de los bienes de un ausente: y en general todos los que reconocen el derecho de otro, detienen la cosa en su lugar y están obligados á restituirla.

Hay dos clases de mero-tenedores: los que detienen la cosa sólo en calidad de tales, calidad que excluye el *animus domini*, como por ejemplo, los secuestres y los arrendatarios; y los que, deteniendo la cosa como mero-tenedores, poseen el *animus domini* con respecto á un derecho real, verb. gr.: el usufructuario y el usuario.

El usufructuario posee *animo domini* el derecho real de usufructo, pero es mero-tenedor en cuanto á la nuda propiedad de la cosa. En el mismo caso se encuentra el usuario.

143.—¿El vendedor que, habiendo recibido el precio de la cosa, no hace entrega de ella al adquirente, debe ser considerado como mero tenedor ó como poseedor?

Para Laurent el vendedor no es mero tenedor, porque no detiene en virtud de un título que le dé derecho de retener la cosa poseyéndola para el propietario. Según otros, el vendedor que debe entregar la cosa y que continúa deteniéndola, es mero tenedor porque su situación jurídica implica la obligación de entregarla

Baudry-Lacantinerie sostiene que se puede resolver la dificultad por medio de una distinción. Si el contrato no acuerda, expresa ó tácitamente, ningún término al vendedor para la entrega, y si además éste no retiene la cosa en virtud del derecho conferido por el artículo 1612 del Código Civil Francés,—que dice que el vendedor no está obligado á entregar la cosa si el comprador no le paga el precio, siempre que el vendedor no le haya acordado un plazo para el pago—no puede decirse que el vendedor la detenga en virtud de su título y por cuenta del comprador. Él posee sin título porque su título lo obligaba á una entrega inmediata; luego, posee *animo domini* y al final de los treinta años la prescripción se habrá cumplido en su favor.

Si al contrario, el contrato acuerda, expresa ó tácitamente, un término al vendedor para la entrega, entonces éste, detiene la cosa precariamente, porque posee en virtud de su título, y sin duda alguna por

cuenta del comprador cuyo derecho de propiedad reconoce, puesto que lo ha hecho propietario por el contrato. Esta solución incontestable, agrega Baudry-Lacantinerie, cuando se dice en el acto, que conservará la cosa hasta la entrega en calidad de locatario, arrendatario, etc., ó cuando debiendo ser pagado el precio inmediatamente, el vendedor conserva la cosa hasta el pago, debe aplicarse aún cuando el contrato no indique á qué título el vendedor está autorizado á conservar la cosa: necesariamente se ha sobrentendido que él detendría precariamente, puesto que por el título mismo que lo autoriza á retener, el vendedor reconoce el derecho de propiedad del comprador.

Yhering en una de sus obras se pone en el segundo caso de Baudry-Lacantinerie y, suponiendo que el precio ha sido pagado, dice: « ¿Para quién posee el vendedor al cual el comprador dejó provisoria- « mente la cosa para ir á buscarla en la primera oportunidad, en inte- « rés de quién la tiene en sus manos? Incontestablemente en el del « comprador. El vendedor no tiene otra posición en frente del com- « prador, que la de mandatario á quien se ha remitido una cosa en « guarda Bien que él sea propietario aún, debe abstenerse de todo « acto de disposición y está obligado á la misma diligencia que el « mandatario. Desde el punto de vista de la relación obligatoria, la « situación es exactamente la misma que si la cosa perteneciera al « comprador; en este sentido puramente obligatorio el vendedor tiene « en sus manos la cosa de otro. »

Dentro de nuestro derecho nos parece que llegado el caso que se discute, si no existe una de esas cláusulas que según el artículo 742 del Código Civil importan tradición ficta, equivalente á la real, el vendedor debe ser considerado como poseedor. La propiedad y la posesión no se adquieren sino después de la tradición real ó ficta.—Luego, no se puede decir hasta entonces que el vendedor ha dejado de poseer la cosa. Si él no cumple con su obligación de entregarla, el comprador puede exigir el cumplimiento de esa obligación ó la resolución del contrato con derecho, en ambos casos, á ser indemnizado de los daños y perjuicios.

Pero si existiera una de las cláusulas del indicado artículo 742, si, por ejemplo, se estipuló que el vendedor tendría en lo sucesivo la posesión á nombre del comprador ó donatario, es claro que se convierte en mero tenedor desde ese momento, y si más adelante se le reclama la cosa no podrá excepcionarse diciendo que la había adquirido por prescripción.

144. — ¿Si el que posee para sí reconoce el derecho de propiedad de otra persona, se convierte en mero tenedor? No hay duda de que sí, porque reconociendo á otro como dueño no tiene más el *animus domini* necesario, según la teoría subjetiva, para ser poseedor. Hay una

verdadera interversión de título, con resultado contrario á aquella de que trata nuestro artículo 1173. Por ésta el mero tenedor se convierte en poseedor, mientras que por el reconocimiento que hace el poseedor del derecho del propietario, intervierte también su título, pero de poseedor se transforma en mero-tenedor.

145.—Dice el artículo 1173 del Código Civil, que los que detienen una cosa en lugar ó nombre de otro, y sus herederos, no pueden jamás prescribir. La mera tenencia es un obstáculo perpetuo para la posesión, y no es útil para prescribir aún cuando haya durado, según las palabras de Dumoulin, mil años. Así, los autores franceses citan el caso de unas comunas, que á pesar de haber poseído siete siglos no pudieron triunfar contra el propietario, á quien oponían la prescripción, porque éste presentó un título del cual resultaba que las comunas habían empezado por ser mero-tenedoras.

No todas las acciones que nacen de la mera tenencia son perpetuas. Hay que distinguir la acción personal en restitución de la cosa, que puede ser dirigida contra los mero-tenedores, que nace del contrato celebrado entre ellos y los propietarios, y que es prescriptible á partir del día en que puede ser ejercida, de la acción en reivindicación, que es perpetua, y que no puede ser detenida por la descripción, porque los mero tenedores no prescriben jamás.

Sin embargo, algunos tratadistas sostienen que los administradores, mandatarios, etc., que después de terminadas sus funciones quedan en posesión de la cosa, pueden prescribirla porque por el hecho de cesar en sus cargos, dejan de ser mero-tenedores. Así el acreedor prendario que retiene la prenda, después de haber sido pagado, puede prescribir porque no posee más la cosa en calidad de prenda.

Esto es confundir las dos acciones de que hablábamos: la ación personal y la acción en reivindicación. Los mero-tenedores no pueden jamás prescribir sino después de haber intervertido su título de una de las dos maneras de que habla el artículo 1173 del Código Civil. No hay otros modos de intervertir que esos. En los casos que se discuten no existen ni la causa procedente de un tercero, ni oposición hecha por los mero-tenedores al derecho de los propietarios. De aquí resulta que los mero-tenedores continúan siendo lo que eran antes de cesar en sus funciones, mero-tenedores, y en tal carácter nunca pueden prescribir. Si la cosa ha sido enajenada por el mero tenedor, el propietario sólo tendrá contra él una acción personal prescriptible, pero mientras esté en su poder puede reivindicarla, en cualquier tiempo, aún cuando haya cesado el mero tenedor en sus funciones de tal.

Dice Baudry Lacantinerie que: «La precaridad constituye un vicio absoluto, perpetuo é indeleble.»

La mera tenencia es un vicio absoluto, porque el mero tenedor no puede prescribir con respecto á nadie. Es perpetuo porque subsiste

aún después de llegada la época que se señaló para restituir la cosa. La muerte del mero tenedor no lo hace desaparecer: sus herederos no pueden tampoco prescribir. Y esto aún cuando los herederos no sepan que su causante era simplemente mero tenedor, aún cuando ellos posean *animo domini*. Lo cual pasa, porque los sucesores universales no hacen más que continuar la mera tenencia de su autor, le suceden en todos sus derechos y obligaciones, entre estas últimas á la obligación de restituir la cosa.

Los sucesores á título particular pueden prescribir. «La persona, « dice el artículo 1174 del Código Civil, á quien el mero tenedor de la « cosa la hubiere transmitido por un título traslativo de propiedad, « podrá prescribirla.» Es necesario que adquiera en virtud de un título traslativo de propiedad porque, como dice Laurent, si su título la somete también á la obligación de restituir la cosa, ella será igualmente mero tenedora y por consecuencia no podrá prescribir. Por ejemplo: si el arrendatario subarrienda la cosa, el subarrendatario no puede prescribir porque es también un mero tenedor.

Los que adquieren en virtud de un título traslativo de propiedad comienzan una posesión útil para prescribir, porque aquél no los somete á la obligación de restituir la cosa, esa obligación personal del autor no pasa á sus sucesores particulares.

Poco importa que el propietario conozca, ó no, la venta que realiza su arrendatario; poco importa también que el comprador sepa que el que le vende es simple mero tenedor de la cosa. Basta que éste haya obrado como dueño de la misma.

La mera tenencia es un vicio indeleble en el sentido de que no puede el mero tenedor hacerlo desaparecer por su sola voluntad. Así lo establece el artículo 2240 del Código Civil Francés. «No se puede « prescribir contra su título; en este sentido que no se puede cambiar, « por sí mismo, la causa ni el principio de su posesión.»

Es la regla antigua: «*Nemo sibi causam possessionis mutare potest*».

Esta regla quiere decir que el mero tenedor, aún cuando obre como un propietario, aún en el caso de que manifieste la voluntad de serlo, no adquiere la posesión útil para prescribir. Sólo, como hemos dicho tantas veces, puede cambiar su mera tenencia en posesión de uno de los dos modos de que trata el artículo 1173 del Código Civil.

El artículo 2240 francés y la regla romana están implícitos en ese mismo artículo.

Hacen notar con razón los autores, que la regla que no permite jamás prescribir á los que tienen la mera tenencia, está en contra de la idea fundamental de la prescripción, institución que tiene por principal fin poner término á los procesos. Con esa regla pueden surgir procesos, aun después de transcurridos varios siglos, sobre derechos cuyo origen se ha borrado ya, hace tiempo, de la memoria de los hombres.

Disminuyen, sin embargo, mucho los peligros de ese principio las reglas sobre interversión; el artículo que dispone, que los que han adquirido del mero tenedor por un título traslativo de propiedad pueden prescribir,—es raro que hoy un inmueble quede durante muchos años en poder de la misma familia,—y el hecho de que la acción personal en restitución que pertenece, lo mismo que la acción en reivindicación, al propietario de la cosa, se extinga por la prescripción de veinte años, á contar desde el día en que pudo ser ejercida.

CAPÍTULO VIII

De los efectos de la posesión

146.—Estábamos á punto de rotular este capítulo como Savigny: « De los derechos que da la posesión. » Pero la circunstancia de que íbamos á tratar en él, no solamente de los derechos del poseedor, sino también de sus obligaciones, nos hizo adoptar el título de «Efectos de la posesión. » Con estas palabras se comprenden todos los casos y se puede mostrar al lector, en un solo cuadro, las consecuencias jurídicas más importantes de la posesión. Es el procedimiento del Código Civil español y del proyecto de Boissonade.

El método que sigue nuestro Código Civil es criticable. En el capítulo «De la posesión» trae un artículo en el cual se ocupa en los derechos que da aquélla. Pero la enumeración es incompleta. Por ejemplo, en un capítulo posterior, que trata de la restitución de la cosa reivindicada, la ley reconoce el *derecho de retención*, tanto al poseedor de buena como de mala fe, en cuanto al abono de las expensas necesarias. En el mismo capítulo la ley trata de otros derechos y además de obligaciones de los poseedores. Hubiera sido más lógico reunirlos todos en un artículo, ó en un capítulo que se titularía, como lo titulamos nosotros, « De los efectos de la posesión. »

147.—Dice Savigny que no encuentra, en todo el derecho romano, nada más que dos efectos legales que se puedan atribuir á la posesión como tal, y haciendo abstracción de toda idea de propiedad: la *usucapión y los interdictos*. En la primera la posesión, independientemente de todo otro derecho, hace adquirir la propiedad.

El segundo efecto de la posesión, es dar derecho á los interdictos posesorios. No constituyendo la posesión, por sí misma, un derecho, la perturbación que se le lleve no es, en rigor, un acto contrario al derecho, no puede tener este carácter sino cuando viole á la vez la posesión y un derecho cualquiera. Es lo que tiene lugar cuando la perturbación es obra de la violencia: toda violencia, en efecto, siendo ilegal es contra semejante ilegalidad que se dirige el interdicto.

Teniendo su origen los interdictos posesorios en actos que, por su forma, hieren el derecho, se comprende también porqué la posesión, abstracción hecha de toda base legal, puede, en este caso, convertirse en fuente de derechos verdaderos.

Entra luego á demostrar que fuera de esos dos derechos, no hay ninguno de los que se sostiene que derivan de la posesión, que pueda considerarse como efecto de la misma. Resumamos sus ideas.

Según el derecho romano moderno, hay dos casos en que la adquisición de la posesión y la de la propiedad, son siempre simultáneas: el caso de la *ocupación* de una cosa que no pertenece á nadie y el de la *tradición* hecha por el propietario mismo. En ambos casos la adquisición de la posesión es en verdad la razón de ser del derecho de propiedad mismo, es lo que los jurisconsultos modernos llaman un *modus adquirendi*. Sin embargo, no es la posesión, en tanto que estado de cosas continuo, la que produce ese derecho, porque ella no comienza hasta el momento en que la propiedad se adquiere igualmente. No se puede, pues, hacer cuestión aquí de un derecho que corresponde al poseedor como tal, se trata solamente de aplicar en materia de propiedad lo que concierne á la *apprehensio* en la teoría de la posesión.

El ejercicio de la *Publiciana actio* se combina con toda posesión propia para llevar á la usucapión. No habría, pues, inconveniente práctico en considerar la especie de propiedad que garantiza la acción publiciana, como derivada de la posesión. Mas como en el antiguo y en el nuevo derecho esa *actio* se parece mucho á la reivindicación propiamente dicha, no se trata aquí en rigor de una simple posesión; hay algo de semejante á la adquisición simultánea de la posesión y de la propiedad por medio de la ocupación y de la tradición.

La mayor parte de los autores consideran el derecho que tiene el poseedor de buena fe de hacerse propietario de los frutos de la cosa, como una de las prerrogativas más importantes de la simple posesión. Pero es fácil demostrar, afirma Savigny, que ese derecho no es otra cosa que el que deriva de la acción publiciana, puesto en relación con el principio general de la accesión. El verdadero dueño adquiere la propiedad de los frutos por accesión, en el mismo instante en que se producen. La accesión se realiza á beneficio del poseedor de buena fe, lo mismo que á favor del propietario.

En caso de contestación sobre el dominio, el poseedor gana el pleito si el adversario no prueba su derecho de propiedad, aún cuando él no haya demostrado nada. Pero este no es un derecho que nazca de la posesión. Él no es más que una aplicación especial de un privilegio que corresponde, por la naturaleza de las cosas, á todo demandado. En materia de reivindicación, el poseedor es siempre demandado

El poseedor tiene el derecho de defender su posesión, aún empleando la violencia. Dice Savigny que ese derecho no es una consecuen-

cia jurídica de la posesión, porque el derecho de legítima defensa corresponde tanto al poseedor jurídico como al simple detentador. Sostiene por último, Savigny, que el derecho de retención no puede ser colocado en el número de los efectos característicos de la posesión porque él pertenece también á aquéllos que no tienen ninguna especie de posesión jurídica.

148.—Wodon, en el derecho moderno, sostiene igualmente que sólo son dos los efectos de la posesión: las acciones posesorias y la prescripción.

149.—Savigny y Wodon, para ser lógicos, debieron reducir los efectos exclusivos de la posesión á uno solo: á la prescripción.

Debieron suprimir de la enumeración de esos efectos las acciones posesorias, desde que éstas se fundan, según ellos mismos, no en la posesión, sino en la violación del orden público ó del derecho privado. No es argumento contra la enumeración que hace la mayoría de los autores de los indicados efectos, el decir que ellos no son exclusivos de la posesión. Eso solamente nos lleva á sostener que los códigos previsores deben, al ocuparse en esas distintas relaciones que producen los mismos efectos, referirlos detalladamente, para que, de esta manera, quede legislada por completo la materia de que se trata De lo contrario, y argumentando como Savigny, resultaría que siendo por ejemplo la retención un derecho que corresponde al depositario y al poseedor, no podría citarse entre los efectos de la posesión, desde que no es exclusivo de la misma. Y entonces, el poseedor de buena fe quedaría injustamente privado de esa ventaja.

150.—Nuestro Código Civil dice en su artículo 624 que la posesión da diferentes derechos al que la tiene. «1.º Se le presume dueño mien-
« tras no se pruebe lo contrario; 2.º Puede instaurar las acciones pose-
« sorias, con sujeción á lo que se dispone en el capítulo siguiente; 3.º
« El que ha poseído tranquila y públicamente por un año completo,
« sin interrupción, adquiere el *derecho de posesión* y se excusa de res-
« ponder sobre ésta; 4.º Hace suyos los frutos percibidos hasta el día
« de la contestación á la demanda, cuando posee de buena fe; 5.º Pue-
« de prescribir el dominio y demás derechos reales, concurriendo las
« circunstancias requeridas por la ley; 6.º Perdida la posesión, puede
« usar de la acción reivindicatoria, aunque no sea dueño, contra el que
« posea la cosa con título inferior al suyo».

151.—1.º *Se le presume dueño mientras no se pruebe lo contrario.*
« Esta presunción, dice Boissonade, está de acuerdo en la generalidad
« de los casos con la realidad de los hechos. Es raro, en efecto, que
« los que tienen un derecho de propiedad ú otro derecho real, no ten-
« gan la cosa á su disposición, no la posean, y es menos frecuente to-
« davía, que esa cosa esté en poder de una persona sin derecho á ella.
« La presunción legal se funda, luego, en que el *derecho* está de acuer-
« do con el *hecho*».

Mas esa presunción no es absoluta, es sólo relativa. El que se crea con fundamentos para negar el derecho del poseedor, puede hacerlo y probar el suyo por los medios que establecen las leyes procesales.

Pero la condición del poseedor es la mejor, porque, en virtud de este inciso, es demandado en el juicio reivindicatorio, y como tal, no tiene que probar su derecho, sino simplemente que refutar las pruebas del demandante.

Para ser protegido por esta presunción, no se necesita ni justo título ni buena fe. Basta ser poseedor. Si el que tiene la cosa fuere mero tenedor, como el arrendatario, secuestre, etc., la presunción ampara á la persona de quien tiene la cosa.

152.— 2.º « *Puede instaurar las acciones posesorias con sujeción á lo que se dispone en el capítulo siguiente* ».

Nuestras acciones posesorias corresponden á lo que el derecho español llama interdictos. Son los medios más poderosos, establecidos por las leyes para garantir el respeto que se debe á la posesión. Las estudiaremos brevemente, por ser materia ajena á nuestra tesis.

Los autores españoles denominan interdictos á los juicios sumarios que tienen por fin decidir interinamente sobre el hecho de la posesión, y también á las acciones que puede ejercer el poseedor para conseguir ese resultado. Nuestro derecho llama á los juicios sobre posesión juicios posesorios, y á las acciones que la protegen acciones posesorias.

Hay dos acciones posesorias principales: la una, que tiende á conservar la posesión, haciendo cesar la perturbación de hecho llevada por un tercero,—es la que llaman los españoles interdicto de conservar la posesión, y los franceses acción *en complainte*; — la otra es aquella por la cual el poseedor, habiendo perdido la posesión, trata de recobrarla. En España la denominan interdicto de recobrar y en Francia *action en reintégrande.*

Establece nuestro Código de Procedimiento esas acciones en su artículo 1172. Este artículo dispone que: « El que ha sido turbado en su « posesión ó privado injustamente de ella, tiene derecho para pedir « que se le ampare ó restituya. » El mismo Código dice en su artículo « 1176 que: « Para que pueda entablarse la acción sobre conservar la « posesión, se requiere: 1.º Que el que la intente se halle en actual « posesión; 2.º Que se haya tratado de inquietarlo, en ella, por actos « materiales que se expresarán en la demanda. » Tratándose de la acción para recobrar la posesión el artículo 1185 exige: « 1.º Que el « que la intente ó su causante haya estado en posesión de la cosa de- « mandada; 2.º Que hayan sido despojados clandestinamente ó con « violencia de esa posesión. »

Por regla general puede decirse que, según nuestras leyes, para ejercitar las acciones posesorias basta ser poseedor. Manresa y Navarro cita una sentencia según la cual los que detienen á nombre de otro

gozan de igual facultad aunque no por derecho propio, sino representando la persona del verdadero poseedor.

Es claro que no siendo más que meros tenedores no pueden ejercer las acciones posesorias. Pero si el poseedor les da mandato para ello no hay duda que podrán ejercitarlas. Están entonces en el caso de un mandatario cualquiera.

El heredero tiene, según el Código Civil, las mismas acciones posesorias que tendría su autor si viviese. Dispone el mismo Código, que el usufructuario, el usuario y el que tiene el derecho de habitación pueden ejercer, por sí, las acciones y excepciones posesorias dirigidas á conservar ó recuperar el goce de sus respectivos derechos aún contra el propietario mismo.

153.—Pero por razones de orden público la ley concede á los que han sido violentamente despojados, y que por cualquier causa no pueden ejercer acción posesoria, una acción extraordinaria de amparo. El artículo 644 del Código Civil, concordante con el 1187 del de Procedimiento, dice que: «Todo el que violentamente ha sido despojado sea « de la posesión, sea de la mera tenencia, y que por poseer á nombre « de otro, ó por no haber poseído el año completo, ó por otra causa « cualquiera, no pudiere instaurar acción posesoria, tendrá, sin embar- « go, derecho para que se restablezcan las cosas en el estado en que « antes se hallaban, sin que para esto necesite probar más que el des- « pojo violento, ni se le pueda objetar clandestinidad ó despojo ante- « rior. »

154.—Por regla general puede decirse que las acciones posesorias se entablan contra toda persona que ejecute actos de perturbación ó de despojo, y también contra sus herederos.

Con respecto á la acción de recobrar, el artículo 1184 del Código de Procedimiento dispone que: « puede dirigirse no sólo contra el usur- « pador, sino contra toda persona cuya posesión se derive de la del « usurpador por cualquier título. » Pero sólo están obligados á la indemnización de las costas, costos, daños y perjuicios, el usurpador mismo ó el tercero de mala fe.

155.—Antes de terminar lo referente á los interdictos posesorios, Manresa propone esta cuestión: ¿Se protege toda posesión ó es necesario que el poseedor tenga cierto tiempo que implique la adquisición de ese derecho?

La resuelve el indicado autor de la manera siguiente: « Todo posee- « dor, dice el artículo 446, tiene derecho á ser respetado en su pose- « sión. ¿Es poseedor el que lleva menos de un año en la tenencia de « la cosa ó ejercicio del derecho? Creemos que esto no admite duda « porque no hay disposición alguna que exija ese ni otro tiempo más « ó menos limitado para elevarse á la categoría de poseedor. *A* es des- « pojado de su posesión á los siete meses de estar poseyendo; entabla

« el interdicto contra el perturbador ó despojante; ¿en qué puede fun-
« darse la autoridad judicial para rechazar la demanda, si lo único que
« se exige es que se pruebe el hecho de la posesión y los actos pertur-
« badores, si ambas cosas existen, y además no ha transcurrido un
« año desde el despojo? Creeríamos arbitraria semejante resolución;
« pero admitamos su existencia. El interdicto no procede: ¿qué recur-
« so queda al que ha sido despojado? Se dice que el artículo 445
« sirve para resolver este caso; pero el artículo 445 da ya prejuzgada
« la cuestión: es mejor la posesión actual, la posesión de hecho, la po-
« sesión del despojante; en vano el despojado alegará el despojo; si
« para él no le sirve el interdicto, menos le servirá el artículo 445 que
« no admite más solución que la apuntada, ni da lugar á apreciaciones
« sobre la mayor ó menor justicia de la actualidad posesoria ni tiene
« por objeto la restitución. Luego ese poseedor, hasta que lleva un año,
« si no cuenta con medios probatorios suficientes para justificar su
« derecho en el juicio declarativo correspondiente, habrá de resignarse
« con el despojo, y si puede probar lo que intenta, no el despojo,
« sino su derecho á poseer, será á costa de las dilaciones, gastos y
« trastornos de un largo pleito. ¿Y cómo prueba el derecho si ni aún
« lo tiene á ser protegido por los interdictos? ¿Ni de qué puede ser-
« virle el probarlo si antes de transcurrir un año lo vuelven á despo-
« jar? »

Después agrega: « La opinión contraria tiene algún fundamento. Si
« el poseedor perturbado no puede oponer el interdicto sino en el tér-
« mino de un año, es porque al transcurrir este tiempo pierde la po-
« sesión, y al perderla él, la adquiere el perturbador. Antes del año la
« posesión no se ha perdido aún por el antiguo poseedor, ni ha podido
« adquirirse por el detentador nuevo. Luego éste, no puede llamarse po-
« seedor ni á él alcanza el beneficio de los interdictos. Si así no fuese
« existirían al mismo tiempo dos personas con derecho á utilizar esas
« acciones, y el mantenimiento, en la posesión correspondería al pri-
« mero que las ejercitase: el perturbador utilizaría eficazmente el in-
terdicto contra el mismo dueño. »

Algunos códigos expresamente exigen para que se pueda intentar acción posesoria la posesión de un año. Ejemplo: los códigos francés y chileno. Sin embargo, aún mismo dentro del derecho francés, hay autores, como Belime, que sostienen que la intención de aquel código no ha sido exigir en todos los casos la posesión de un año, sino solamente cuando se entablen las acciones posesorias contra el propietario ó contra el poseedor anterior.

Dentro de nuestro derecho no cabe esa duda. El Código Civil señala tiempo para adquirir no la *posesión* sino el *derecho de posesión*, que es una cosa distinta. Para que haya posesión basta la tenencia de una cosa ó el goce de un derecho por nosotros mismos, con ánimo de dueños,

ó por otro en nombre nuestro. Hay, pues, posesión, y por consiguiente poseedores antes del año. Y entre los derechos que da la posesión está, según el Código Civil, el de instaurar las acciones posesorias. Además el Código de Procedimiento, al hablar de los requisitos necesarios para el ejercicio de esas acciones no exige, salvo en un caso, la posesión anual.

Esta solución de nuestra ley nos parece la más razonable. No puede sostenerse, como lo hacen los partidarios de la opinión contraria, que si, por ejemplo, el poseedor despojado no puede interponer el interdicto si no en el término de un año, es porque al transcurrir ese tiempo pierde la posesión, y al perderla la adquiere el despojante. El despojado pierde la posesión desde el momento del despojo. Lo que hay es que la ley le concede un año para recuperarla. Es cierto que el Código dice que el que recupera legalmente la posesión perdida se entenderá haberla tenido durante todo el tiempo intermedio. Pero esto no es más que una ficción de la ley que tiene por fin evitarle al poseedor despojado los inconvenientes de la interrupción de la prescripción.

Mas distinta debe ser la solución cuando se entable la acción posesoria contra el anterior poseedor, ó contra el despojante que tuviese la calidad de anterior despojado respecto del actor. En este caso, según nuestra ley, deberá probar el que la instaura que ha poseído tranquila y públicamente á lo menos por un año completo. Es decir, deberá probar que adquirió el *derecho de posesión*, lo que se reduce en último término á demostrar que se tiene un derecho mejor que el del demandado á la posesión de la cosa. Si el demandante no comprueba su posesión de un año, la ley protege al demandado, ó bien porque tiene el *derecho de posesión*, y en tal caso un derecho superior al del demandante, ó bien porque aunque tuviere sólo la *posesión*, como el demandante no alega más que el mismo derecho, la ley debe proteger al poseedor actual.

156.—3.º: «*El que ha poseído tranquila y públicamente por un año completo, sin interrupción adquiere el derecho de posesión, y se excusa de responder sobre ésta.*» Ya dijimos que, según nuestro Código Civil, uno de los atributos de la propiedad es el *derecho de poseer;* que puede subsistir ésta, como dispone el mismo Código, *sin la posesión* y *aún sin el derecho de posesión.* El propietario aunque tenga el *derecho de poseer* puede haber sido despojado de la *posesión;* y si el despojante posee un año pacífica y públicamente, sin interrupción, adquiere el *derecho de posesión.* Pero á pesar de esto el dueño conserva el *derecho de poseer.*

Puede entablar acción reivindicatoria contra el que tiene el *derecho de posesión* y probada su propiedad entrará en posesión de la cosa que debe abandonar el poseedor.

157.—El *derecho de posesión* excusa al que lo tiene de responder sobre la misma. Nos parece que esto quiere decir que en los juicios posesorios el demandado con *derecho de posesión* resulta siempre vence-

dor. Para adquirir el *derecho de posesión* es necesario haber poseído tranquila y públicamente, sin interrupción, á lo menos por un año completo.

En el otro capítulo tuvimos ocasión de ver lo que debe entenderse por posesión tranquila, pública y no interrumpida.

158.—4.º: « *Hace suyos los frutos percibidos hasta el día de la contestación á la demanda, cuando posee de buena fe.* » « Se llama poseedor de buena fe, dice el artículo 668 del Código Civil, el que lo es en « virtud de un título traslativo de dominio, cuyos vicios ignora.» El artículo 669 define lo que entiende la ley por frutos percibidos. « Se en- « tienden percibidos, los frutos naturales ó industriales, desde que se « alzan ó separan. Los frutos civiles se producen día por día, y perte- « necen al poseedor en esta proporción. » El artículo 670 del mismo Código dispone que: « El poseedor de mala fe está obligado á restituir « no solamente todos los frutos percibidos desde su injusta detentación, » sino también los que dejó de percibir por su culpa, y que un buen pa- « dre de familia hubiera percibido. »

¿Por qué el poseedor de buena fe tiene derecho á los frutos percibidos hasta el día de la contestación á la demanda? Este derecho está fundado en la equidad y en la razón. Dos intereses se encuentran en presencia: el del propietario y el del poseedor. Para determinar cuál de los dos interesados es más merecedor de la protección legal: « hay « que tener en cuenta, dice Boissonade, cuál será el más perjudicado « con la privación de los productos y cuál es aquél á quien se le « puede imputar menor negligencia. Si el poseedor estuviera obligado « á devolver los frutos percibidos se arruinaría en la mayor parte de « los casos, porque generalmente no los ha guardado, los ha consu- « mido, los ha vendido; esos frutos, además no son frecuentemente « nada más que la compensación de los intereses de un capital que « desembolsó como comprador, porque él tiene un justo título y este « será, en la generalidad de los casos, un título oneroso (compra ó « cambio) y no un título gratuito (donación ó legado). Por el contra- « rio, el propietario no habiendo poseído la cosa durante el mismo « tiempo, habiendo probablemente ignorado su derecho, no contó con « los frutos anteriores á su reclamación, y por consecuencia sufrirá « poco de no recobrarlos. Si se examina por otra parte de qué lado « está la falta mayor se la encuentra en el propietario que casi siem- « pre es culpable de descuido en la vigilancia; que teniendo pruebas « de su derecho no las ha reconocido en tiempo útil ó que habiéndolas « reconocido ha tardado demasiado en hacerlas valer; mientras que el « poseedor fué inducido en error por el tercero con el cual ha tratado.»

Natural es que termine el derecho á los frutos desde la demanda porque ésta hace cesar la buena fe del poseedor.

159.—5.º *Puede prescribir el dominio y más derechos reales concu-*

rriendo las circunstancias requeridas por la ley». Es éste, sin duda, el efecto más importante de la posesión. El poseedor, poseyendo con las condiciones exigidas por la ley, puede adquirir, al cabo de cierto tiempo, el dominio ó cualquier otro derecho real de que esté en posesión. No se necesita para esto ni buena fe, ni justo título. La buena fe y el justo título influyen acortando los plazos necesarios para prescribir. Pero los actos de violencia no pueden servir de fundamento para la posesión ni para la prescripción. La posesión útil, como hemos dicho, no principia hasta que ha cesado la violencia.

Para explicar esta quinta ventaja de la posesión, basta recordar las razones que justifican la prescripción. El evitar la incertidumbre, la inestabilidad de los bienes, el caos á que quedaría reducida una sociedad en que el dominio no estuviera garantido por el transcurso del tiempo, en que fuera posible reivindicar, fundándose en usurpaciones realizadas miles de años atrás, es el principal motivo de la prescripción. El interés económico que tiene la sociedad en que la propiedad se trabaje, se mejore y se haga productiva, es también otro de sus motivos. El salvaguardar el derecho del propietario que ha tenido la desgracia de perder su título y las presunciones de que habla Troplong son también razones que justifican la prescripción.

160.—6.º «*Perdida la posesión puede usar de la razón reivindicato-* « *ria, aunque no sea dueño, contra el que posea la cosa con título infe-* « *rior al suyo.*» Concede, pues, nuestro código, al poseedor el derecho de entablar la acción publiciana. El Código Chileno se ocupa en la acción publiciana, en el título de la reivindicación, que es donde realmente debe estudiarse, dado que la acción publiciana no es más que la acción reivindicatoria concedida, por las razones que veremos más adelante, al que no es propietario de la cosa. El artículo 893 del indicado código dice que: «La acción reivindicatoria ó de dominio, corres- « ponde al que tiene la propiedad plena ó nuda, absoluta ó fiduciaria « de la cosa. El 894 agrega que: «Se concede la misma acción aunque « no se pruebe dominio, al que ha perdido la posesión regular de la « cosa, y se hallaba en el caso de poderla ganar por prescripción. Pe- « ro no valdrá ni contra el verdadero dueño, ni contra el que posea, « con igual ó mejor derecho.»

Pothier en su «Tratado del derecho de propiedad» admite la acción publiciana. El que poseyendo de buena fe, dice, en virtud de justo título una cosa de la cual no es propietario, ha perdido la posesión antes de cumplirse el tiempo requerido para prescribir, puede entablar la acción reivindicatoria llamada en derecho *actio publiciana* contra los que la posean sin título.

Laurent critica á los autores franceses que sostienen que la publiciana existe en el derecho moderno. Se funda para sostener esa tesis en el silencio del Código Napoleón. Para demostrar, dice, que los autores

del Código Civil han querido mantener la publiciana sería necesario un texto. Se trata de una ficción y el intérprete no puede crear ficciones.

Duranton, Troplong y Delvincourt creen que el Código Napoleón no se opone al ejercicio de la acción publiciana.

Aubry y Rau sostienen que la acción publiciana no existe en el derecho francés como acción distinta de la reivindicatoria. Agregan que la controversia que se sigue sobre esa cuestión, se reduce desde el punto de vista práctico, á una simple cuestión de prueba: á la de saber cuáles son, en circunstancias determinadas, y en frente del demandado, las pruebas que debe presentar el demandante que entabló juicio reivindicatorio

Baudry-Lacantinerie afirma que la acción publiciana no existe hoy con sus reglas primitivas, pero que la idea fecunda que ella encerraba se vuelve á encontrar, despojada de todo formalismo y de toda ficción, en la elasticidad tan práctica de la prueba del derecho de propiedad.

Manresa y Navarro, dentro del Código Civil Español que nada dice sobre la cuestión, sostiene que la acción publiciana tiene forzosamente que existir si es cierto que existe, ó puede existir, derecho á la posesión.

Nuestro Código Civil, como hemos visto por la disposición transcrita, evita toda duda, reconociendo expresamente entre los derechos del poseedor el de entablar la acción publiciana.

161.—Maynz, en su «Cours de droit romain», expone de la siguiente manera el origen de la acción publiciana: «La acción publiciana ha « sido creada á fin de proteger el poder sobre una cosa que los roma- « nos designaban con la locución *in bonis* en oposición al *nudum jus* « *Quirintium*. Ese poder, en efecto, no habiendo sido adquirido confor- « me al *jus civile*, no podía gozar de la garantía eficaz y absoluta de la « reivindicación, en tanto que estaba en ese estado y no había sido « revestido de carácter civil por medio de la usucapión. Sin embargo « es evidente que aún antes del cumplimiento de la usucapión ningu- « no tiene mejor derecho sobre la cosa que el bonitario; es también « cierto que legalmente hablando el cumplimiento de la usucapión es « una cuestión de tiempo: es decir, que en un tiempo determinado, á « menos de ser ilegalmente despojado de la cosa, el poseedor tendrá in- « faliblemente el *dominium ex jure Quiritium*. En presencia de esa « situación el pretor Publicio, juzgando que lo que es legalmente in- « evitable puede, sin peligro en el dominio legal, ser considerado como « existente, no hesitó en acordar una protección que la equidad y la « seguridad de las transacciones sociales exigía. A ese efecto creó una « fórmula de acción por la cual ordenaba al juez tratar al poseedor « que está en camino de usucapir, y que no puede legalmente dejar de « cumplir la usucapión, como si la hubiera realmente cumplido, es

« decir, como si la cosa poseída se hubiera convertido en suya *ex jure*
« *Quiritium.*»

162.—La equidad y las dificultades de la prueba directa del dominio explican porqué nuestro código concede al poseedor el derecho de ejercer la acción publiciana.

163.—¿Qué cosas pueden ser objeto de acción publiciana? Todas las cosas susceptibles de ser poseídas y reivindicadas, tanto muebles como inmuebles. Es una primera diferencia con las acciones posesorias que sólo se aplican á inmuebles ó derechos reales constituídos sobre ellos. Se diferencian también en que para entablar acción posesoria basta, por regla general, haber sido turbado en la posesión ó privado injustamente de ella, mientras que para el ejercicio de la publiciana, además de la pérdida de la posesión, se necesita derecho á poseer la cosa en virtud de un título superior al del demandado. Se diferencian, por último, en que las acciones posesorias se ventilan en juicios sumarios, mientras que la acción publiciana se decide en juicio ordinario.

164.—La acción publiciana es una acción real, sigue á la cosa cualquiera que sea la persona en poder de quien se encuentre.

165.—¿Qué requisitos se necesitan para el ejercicio de la acción publiciana?

Pothier dice, como hemos visto, que el que poseyendo de buena fe, y con justo título, una cosa de que no es propietario ha perdido la posesión antes del cumplimiento del plazo requerido para prescribir, puede reivindicarla por la acción llamada en derecho *actio publiciana* contra los que la posean sin título.

Belime sostiene que se requiere para ejercer la acción publiciana título y buena fe.

Según Maynz la acción publiciana pertenece al que ha adquirido en virtud de una justa causa, (propia en tesis general para dar el derecho de propiedad), y que se encuentra actualmente privado de la posesión de la cosa. El demandante deberá probar, de una parte, su adquisición y, de otra, la posesión del demandado. Para que triunfe es menester, además, que su derecho sea superior al de este último.

Manresa y Sánchez Román requieren que el demandante sea poseedor de *derecho*, que tenga justo título, que identifique la cosa que reclama, y que aquél contra quien dirija la acción carezca de derecho para retenerla ó lo ostente inferior al del demandante.

El Código chileno exige, como hemos dicho, que el demandante que ha perdido la posesión se hallase en el caso de poder adquirir la cosa por prescripción, y que el demandado no sea ni el verdadero dueño ni el que posea con igual ó mejor derecho.

Nuestro Código Civil se limita á decir que el que perdió la posesión
« puede usar de la acción reivindicatoria aunque no sea dueño, contra
« el que posea la cosa con título inferior al suyo ».

No exige, pues, que el demandante haya poseído un año y que por consecuencia tenga el *derecho de posesión.* Bastará que sea poseedor y que haya perdido la posesión de la cosa. No requiere tampoco la buena fe ni el justo título. Basta tener título y que ese título sea superior al del demandado.

Título es la causa jurídica de la adquisición del derecho. Ejemplo: la venta, la permuta, etc.

166.—¿En qué consiste la superioridad de un título? Creemos que por título superior debe entenderse causa de adquisición del derecho superior á la del demandado. Para comparar títulos el juez deberá, en cada caso, comparar las causas que han llevado á la posesión de la cosa.

167.—¿Bastará la existencia de un título putativo? En Roma no hay duda, un texto positivo, afirma Maynz, decide la cuestión en favor de ese título. Pothier sigue la misma opinión. « En general, dice « la opinión de un justo título, aunque errónea, cuando tiene un justo « fundamento equivale al título, y basta para ejercer esta acción lo « mismo que basta para la prescripción ». Pone, por ejemplo, el caso en que se compre de un loco, cuyo estado de espíritu se ignora, una cosa que éste entrega. Aun cuando la venta en virtud de la cua lyo he poseído la cosa, sea nula, como no conocía el estado de espíritu del vendedor, tenía motivos para creerla válida, lo que basta para que se me repute haber sido justo poseedor y para que pueda entablar acción publiciana contra el que me ha usurpado la posesión.

Dentro de nuestro derecho creemos que hay que inclinarse á la opinión contraria. La ley requiere un título, y la creencia, aunque fundada en un justo error, de la existencia de un título, no es un título.

168.—Examinaremos ahora, á la luz de nuestro derecho, algunos casos que traen los tratadistas.

No puede entablarse acción publiciana, dice Maynz contra el *verdadero propietario.* Éste la repelerá alegando su dominio, derecho superior, sin duda alguna, á la simple posesión de buena fe. Tal debe ser también la solución dentro de nuestra ley.

Se concede sin restricción esta acción contra los que poseen sin título. El antiguo poseedor de buena fe, dice Pothier, no puede reivindicar la cosa cuya posesión perdió contra un poseedor que, sin ser propietario, la posee en virtud de un justo título, porque estando, en este caso, las dos partes en igual condición, el poseedor actual debe ser el preferido: *In pari causa potior causa possessoris.* Dentro de nuestro derecho nos parece, también, que el despojado simplemente poseedor, no podrá entablar acción publiciana contra otro que no sea igualmente nada más que poseedor. Ninguno de los dos tiene título, luego lo equitativo es dejar en posesión al que la tiene actualmente.

Hay sin embargo casos, agrega el autor citado, en que el antiguo

poseedor de buena fe puede reivindicar la cosa cuya posesión ha perdido, *aun contra el propietario mismo.* Cita como ejemplo del primer caso, el del propietario de una cosa que ordena al mandatario, que vendió con su consentimiento, no hacer tradición al comprador. No obstante la orden el mandatario entrega la cosa. La tradición hecha al comprador no le transfiere la propiedad porque se realizó contra la voluntad del propietario. A pesar de eso, como la equidad no permite que el dueño ataque el consentimiento que dió para la venta, no solamente no podrá reivindicar contra el comprador que posea, sino que aún en el caso en que el comprador pierda la posesión de la cosa y que ésta llegue después á poder del propietario, aquél podrá reivindicarla por acción publiciana contra éste. Si contra la acción publiciana que el comprador intenta, el dueño opone *exceptionem dominii,* el comprador alegará, contra esa excepción, el consentimiento dado por el propietario para la venta.

Dentro de nuestro derecho la solución del caso debe ser la contraria. Dice el inciso 2.º del artículo 750 del Código Civil que: « Cuando la « tradición no ha sido hecha ó consentida, por el verdadero dueño, no « se adquiere por ella dominio. » En el caso citado por Pothier la tradición se realizó contra la voluntad del dueño y por consecuencia el comprador no pudo adquirir la propiedad. Perdida la posesión y vuelta la cosa á poder del propietario, el comprador no puede entablar contra este último acción publiciana. La única que tendría sería una acción personal contra el vendedor para la entrega de la cosa. Parece que el comprador necesitara tener un derecho real en la cosa, ó contra la cosa, para entablar acción publiciana.

169.—El segundo caso, continúa Pothier, en que el antiguo poseedor de buena fe de una cosa cuya posesión ha perdido, puede reivindicarla por acción publiciana aún contra el propietario mismo, es cuando ese propietario es el que la vendió y entregó antes de que fuera dueño, ó alguno que la tiene de él, como en este caso de Ulpiano: Se compra á *Titius* una cosa que pertenece no á él, sino á *Sempronius.* Después de la tradición hecha por *Titius,* éste llega á ser propietario de la cosa como heredero de *Sempronius.* El comprador pierde luego la posesión de la cosa; *Titius,* que se la transfirió, entra indebidamente en posesión de ella y la vende á *Mœvius,* á quien transfiere por la tradición su derecho de propiedad. Ulpiano decide que el primer comprador puede entablar acción publiciana contra *Mœvius* para reivindicar la cosa, sin que éste pueda excepcionarse válidamente con su dominio, porque habiendo adquirido la cosa de *Titius,* el cual también la vendió y entregó al que entabla la acción publiciana, *Titius* no pudo transferir á *Mœvius* sino un derecho de propiedad tal como él lo tenía. Ahora bien, el derecho de propiedad de *Titius* no era, en frente del primer comprador, un verdadero derecho de propiedad con el cual pudiera excepcionarse

válidamente contra la acción publiciana intentada por aquél; *Mœvius*, por consiguiente, que no tiene nada más que el mismo derecho que poseía *Titius*, no puede tampoco oponer semejante excepción.

Este caso de Pothier está resuelto en nuestro Código Civil por el inciso segundo del artículo 1655. Según este artículo: «La venta de « cosa ajena ratificada después por el dueño, confiere al comprador « los derechos de tal desde la fecha de la venta. Lo mismo sucede si « el vendedor adquiere el dominio de la cosa ajena después de entre- « gada al comprador, y por consiguiente, si el vendedor la vendiere á « otra persona después de adquirido el dominio, subsistirá el dominio « de ella transferido al primer comprador». Dentro de nuestra ley el comprador podrá, pues, entablar no solamente acción publiciana, sino también acción reivindicatoria, desde que es el verdadero propietario, contra el segundo comprador.

170.—El demandante debe probar, además, la lesión que su derecho sufre de parte del demandado. En el caso, la lesión consiste en que el demandado se encuentra en posesión de la cosa y prohibe al demandante ejercer el derecho que pretende tener á la misma fundado en su mejor título.

171.—Como esta acción no requiere, cual la reivindicatoria, la justificación del dominio, es más fácil su prueba, lo que hará que muchas veces los mismos propietarios recurran á ella. Pueden entonces intentarla directamente. Pueden también ejercitarla después de haber sucumbido en el juicio reivindicatorio, porque no siendo la misma la cuestión sometida al juez en las dos acciones, no puede tener lugar la excepción de cosa juzgada.

172 —La acción publiciana como la reivindicatoria, se dirige contra el actual poseedor. El mero tenedor de la cosa sólo está obligado á declarar el nombre y residencia de la persona á cuyo nombre la tiene. Puede entablarse también contra un heredero por la parte que posee en la cosa.

173.—Los efectos de la acción publiciana son los mismos de la reivindicación.

Montevideo, Enero 29 de 1901.

José Salgado.

ÍNDICE

CAPÍTULO I

Noción de la posesión

CAPÍTULO II

Fundamento de la protección posesoria

CAPÍTULO III

Adquisición de la posesión

CAPÍTULO IV

Conservación de la posesión

CAPÍTULO V

Pérdida de la posesión

CAPÍTULO VI

Accesión de las posesiones

CAPÍTULO VII

De la posesión necesaria para entablar juicio posesorio

CAPÍTULO VIII

De los efectos de la posesión

Proyecto de un Código de Procedimiento Penal reformado

CONCORDADO Y ANOTADO

POR EL DOCTOR DAMIÁN VIVAS CERANTES

(Continuación

TITULO XVI

CAPÍTULO ÚNICO

Jurisdicción de los Jueces y Tribunales de lo penal

En tesis general, *jurisdicción* es el poder ó la autoridad que tiene alguno para gobernar y poner en ejecución las leyes; y particularmente, la potestad de que se hallan revestidos los jueces para administrar justicia, ó sea, para conocer de los asuntos civiles y criminales, ó así de unos como de otros, y decidirlos ó sentenciarlos con arreglo á las leyes. También se toma esta palabra por el distrito ó territorio á que se extiende el poder del juez.

Se puede decir que la *competencia de una autoridad* es la extensión de su poder, el límite entre lo que puede hacer y lo que le es prohibido. La *competencia* es, en realidad, lo que *pertenece* al conocimiento y acción de una autoridad.

En una sociedad bien organizada, los límites de la competencia de cada autoridad deben ser precisamente demarcados, para evitar los conflictos, las rivalidades, los excesos del poder, la lentitud de los procedimientos y también para que los servicios públicos sean cumplidos con mayor perfección gracias á mejores aptitudes y á la adaptación creciente de los medios: la competencia en materia de servicios públicos, se relaciona así directamente con lo que en economía política

se denomina *la división del trabajo*. Sin embargo, nada más difícil en la práctica que la determinación, para cada caso, de la jurisdicción competente.

La palabra *jurisdicción* se deriva de la expresión latina *jus dicere* ó *jurisdictione*, no de *juris ditione*; y así no envuelve ni lleva en sí la potestad de formar ó establecer el derecho, sino tan sólo la de declararlo ó aplicarlo á los casos particulares.

En la jurisdicción está anejo el *imperio*, la facultad de mandar y de usar de la coacción y coerción, como que sin esta facultad no podría ejercerse la jurisdicción. Este imperio que tienen los jueces, ese poder de conocer y decidir en los casos concretos de su incumbencia, también le tienen para hacer ejecutar sus resoluciones en la forma que prescriben las leyes. Según la ley I, tít. 4, Part. 3.ª, *los jueces son puestos para mandar et facer derecho.*

La competencia, expresa Saluto, forma la base fundamental del juicio penal, es la esfera de atribuciones que las leyes han asignado á las autoridades judiciarias para la persecución y castigo de los delitos.

Y como al fijar esta jurisdicción se ha tenido por mir, no sólo la diversa índole de los delitos mismos, sobre la cual se ha constituído la diversidad de tribunales, sino también una determinada extensión del territorio, á fin de que, distribuyéndose con cierta proporcionalidad los negocios penales, sea facilitada la buena administración de justicia; de aquí proviene la doble distinción admitida en la ciencia del derecho, entre competencia *por razón de la materia* (RATIONE MATERIÆ), dependiente de la naturaleza de los delitos, y competencia *por razón del territorio* (RATIONE LOCI), según el lugar de su comisión, dentro de las cuales pueden los jueces desplegar su jurisdicción.

La justicia, alguien ha dicho con todo fundamento, tiene existencia propia, como *luz* y como *verdad*; ha sido grabada por Dios en nuestra conciencia. La luz de la razón bastaría para manifestarla al hombre si no fueran los densos nublados que tienden sobre la mente las ráfagas de la pasión. Ha sido preciso prestar á la justicia un apoyo material y exterior, aplicando á todas las relaciones y necesidades sociales los principios de la ley natural que fijan sus consecuencias: ha sido preciso presentar la justicia bajo una forma sensible, para que existiera en medio de la sociedad como ley escrita, y esto es lo que se ha verificado con el establecimiento de las leyes positivas que determinan los derechos y los deberes de los hombres. Pero, diremos con Caravantes, no siendo estas leyes más que seres de razón, y los derechos que por ellas se fijan y determinan, más que abstracciones puramente intelectuales, inertes, sin movimiento y sin vigor por sí mismas, las mejores leyes hubieran sido impotentes en estado de vana teoría, para la mayor parte de los hombres, puesto que sólo hubieran sido observadas por los pocos que respetasen voluntariamente las prescripciones

de la moral y del derecho. De suerte que si se hubiera abandonado la aplicación de las leyes á la mera voluntad y arbitrio de los particulares, si cada cual hubiera tenido la facultad de hacerse justicia por sí mismo, no hubiese consultado en general más regla que la de su interés propio, originándose de esta manera el caos y minándose las bases fundamentales de la sociedad. De aquí la necesidad de revestir estas leyes de una sanción que les diera actividad, vida y eficacia, para que fuesen obedecidas y respetadas, y establecer los medios para hacer entrar en las vías de la justicia todos los intereses particulares que se combaten, y para imponer á las pasiones desordenadas un freno que las contuviese y reprimiera. Esta sanción se encuentra en la institución de una autoridad ilustrada é imparcial, con la potestad necesaria para aplicar las leyes y con la fuerza suficiente para llevar á efecto esta aplicación; de una autoridad revestida del poder de determinar las relaciones de los actos ó de los contratos en los casos en que haya controversias sobre los derechos y deberes de los ciudadanos, con las disposiciones de las leyes, para decidir y juzgar cuáles son aquéllos á que éstas favorecen, cuáles los que han infringido las disposiciones legales, para aplicar la sanción civil ó penal que en ellas se establece. Y tal es la potestad que se conoce con el nombre de *jurisdicción*, así como á la que la ejerce se le da el nombre de *autoridad judicial.* Esta autoridad es la que, armada de la jurisdicción necesaria, es la que da vida y pone en acción las prescripciones legales; la que hace prevalecer los derechos del más débil sobre la sinrazón del más fuerte; la que asegura el primado de la ley y de la paz entre los ciudadanos; la que informa la moral pública, arrojando fuera de la sociedad á los que la afrentan con sus crímenes; y, en fin, esta autoridad tutelar, órgano y sacerdote legítimo de la ley, es la que asegura al hombre su libertad, su fortuna, su existencia misma, al paso que conserva el orden, la paz y prosperidad públicas.

La jurisdicción se dice pública, ya por razón de su causa eficiente, porque es una emanación de la autoridad pública, de la soberanía del pueblo; ya por razón del sujeto, porque quien la ejerce es persona pú blica; ya por razón del fin, porque se dirige á la conservación del orden y de la pública utilidad.

Se dice, añade el mismo Caravantes, que la jurisdicción consiste en *conocer* y *sentenciar* los pleitos, porque éstos son los dos elementos que constituyen la jurisdicción: la facultad de conocer del negocio, y la de sentenciarlo: *notio et judicium. Notio*, es decir, el derecho de disponer que se practiquen todas las pruebas y demás diligencias que se crean necesarias para ilustrar el entendimiento y dirigir la conciencia del magistrado sobre los puntos de hecho y de derecho que los litigantes presenten á su decisión; lo que comprende también el llamamiento á juicio de las personas que pueden servir á la recta adminis-

tración de justicia (*vocatio*). *Judicium*, esto es, la facultad de pronunciar sentencia con arreglo á las leyes, declarando el derecho que corresponda á cada uno, ó aplicándole la pena en que ha incurrido.

Artículo 264.—El Juez de lo penal competente para conocer de un delito ó de una falta y castigarles, será el del departamento ó sección donde se cometan, según la medida penal de aquellas transgresiones consideradas en sí mismas.

Conc.: art. 3.° del Proy. de Cód. de P. Penal de Ballesteros (Chile)—art. 6.° del Cód. de P. Penal del Perú—art. 7.° del Cód. de P. Crim. Alemán—art. 15 del Cód. de I. Crim. del Salvador.

Art. 265—Concurriendo en una misma persona varios delitos ó faltas, será competente para juzgar el Juez del lugar donde se hubiese cometido el mayor delito ó la falta mayor según su naturaleza ontológica.

Cuando una misma persona hubiese cometido un delito ó falta de jurisdicción especial y otro delito ó falta de jurisdicción ordinaria, deberá ser juzgado por el Juez encargado de aplicar la pena del delito ó falta mayor por su naturaleza ontológica.

Conc.: art. 40 del Cód. de P. Crim. Argentino.

Art. 266—Cometiéndose esas transgresiones en los confines seccionales ó departamentales, conocerá como Juez legítimo el que prevenga en ellas, siendo los de las secciones ó departamentos limítrofes igualmente competentes según la naturaleza ontológica de aquellas transgresiones.

En caso de duda sobre este particular, juzgará del hecho punible el Juez del domicilio del reo, si éste estuviese domiciliado en uno de esos territorios limítrofes; que si tal domicilio no existiera en tal lugar, la competencia corresponderá al Juez que prevenga.

En lo criminal, la jurisdicción puede dividirse para su más completo ejercicio; puede ser más ó menos lata, ó reducirse al conocimiento de determinados asuntos.

La *competencia* de los jueces puede ser determinada por el *lugar* en que se ha cometido el delito, por la *naturaleza* del delito, por la *cualidad* del acusado, y por la *conexión* de las materias.

En la mayor parte de los pueblos modernos, la principal razón de competencia está tomada del lugar del delito. Esto estaba consignado como un principio en la antigua legislación española: en las Siete Partidas y en la Novísima Recopilación.

Los malhechores deben ser juzgados donde han cometido el crimen.

Era regla común, por ley romana, la competencia del juez del lugar donde el delito se había cometido: *Quicumque in aliquâ culpâ seu crimine fuerit deprehensus, intrâ provinciam in quâ facinus perpetravit publicis legibus subjugetur.*

El lugar del delito es, en principio, atributivo de jurisdicción; y esto se concibe por muchas razones: por la facilidad de informarse convenientemente de las circunstancias del delito (1); por la rapidez deseada en los procedimientos judiciales; por la utilidad de dar satisfacción á la moral pública en el mismo lugar donde ha sido ultrajada (2); y por un interés económico.

Donde es más sentida la odiosidad del crimen, donde sus efectos son más graves, y donde, por consecuencia, es más sensible la necesidad de una pronta y enérgica punibilidad y reparación, y donde frente á la gravedad de las responsabilidades del inculpado, es posible que sus garantías de defensa sean mayores, es allí donde debe substanciarse el procesamiento cuando ha cometido delito en varios departamentos ó secciones. Entonces, el Juez competente en ese lugar será el que tenga jurisdicción para conocer del delito mayor de los que se trata, es decir, *mayor*, considerado el delito en sí, como ente moral, sin consideración á las circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de responsabilidad en medio de las cuales se haya verificado, porque es el que por su jerarquía superior ofrece mayores garantías de acierto.

Supongamos el individuo A, autor de varias faltas en el Departamento de Canelones y de un delito de los enumerados en el artículo 708 del Proyecto, en el de Montevideo. De lo anteriormente expuesto se infiere que A deberá ser juzgado en Montevideo por el Juez Letrado de lo Correccional, y no por el Juez de Paz de la sección donde hubiese cometido la falta.

---

(1) *In quo et instructio sufficiens et nova testimonia et severissima possunt testimonia præstari.*

(2) *Ut et conspectu deterreantur alii ab iisdem facinoribus, et solatio sit cognatis et abfinibus intereptorum eodem loco pœna reddita in quo latrones homicidia fecissent.*

Aquel juez de superior jerarquía deberá llamar á sí los antecedentes relativos á dicha falta, una vez que tuviere conocimiento de ellos por algún medio, y cuando ya le hubiese sido pasado el sumario por el delito también cometido por aquel mismo sujeto.

Puede suceder que un individuo incurra en un delito propio de jurisdicción común ú ordinaria y otro de fuero especial: por ejemplo en el delito de falsificación de moneda (artículo 220 del Código Penal de la R. O. del Uruguay) y en el de deserción en tiempo de guerra (artículo 946 del Código Militar de ídem); en semejantes circunstancias, la jurisdicción estará determinada por el delito en que recae pena mayor, considerando su naturaleza ontológica; luego, pues, será la jurisdicción ordinaria ó común la competente para juzgar por ambos delitos.

Al trasgresor no se le van á infligir dos ó más penas, sino una, la del delito mayor, aumentada en razón del número y gravedad de los otros que haya cometido. Sería absurdo que se aplicasen dos ó más, no obstante ser justo, cuando esos castigos coartan ó anonadan la libertad personal; porque muchas veces, á causa de la acumulación de estos castigos, la pena á imponerse definitivamente sería *á perpetuidad;* lo que es contrario á uno de los fines de las penas de *prisión* y de *penitenciaría:* la enmienda del culpable. Ni escapa á la penetración de nadie, que sería ocasionado á conflictos eso de que un mismo procesado esté sometido al mismo tiempo á jueces distintos y tal vez á procedimientos distintos, que bien puede excluir el uno de éstos al otro, por oposición manifiesta; teniendo que hacerse una doble defensa, redoblarse los sacrificios inherentes, uniéndose á todo ello las inconveniencias de residir en diversos puntos los jueces jurisdiccionales.

Adoptando el sistema de jurisdicción que establece la parte segunda del artículo 265 del Proyecto, armonizamos el procedimiento con la disposición del artículo 78 del Código Penal Uruguayo y su doctrina.

« La competencia del lugar donde el delito ha sido cometido es la más relacionada con la misión de la justicia penal. Es en ese lugar, en efecto, que los indicios pueden ser recogidos, que los testimonios pueden ser comprendidos, que las pruebas pueden tomar todo su desarrollo, que la verdad se manifiesta con toda ó la más grande claridad; es en ese lugar donde el daño ha sido causado, ó el crimen ha hecho sus horribles daños, que la reparación debe hacerse, que la pena debe ejemplarizar; es allí, en fin, donde el procedimiento judicial es más fácil, es más pronto y puede seguirse con mayor economía. A la verdad, si el lugar de la perpetración del delito no es al mismo tiempo el lugar del domicilio del agente, en ciertos casos éste quizás se halle lesionado en su defensa. Quizás, y sin quizás, todas sus acciones pasadas, todos sus antecedentes, que explican posiblemente el hecho incriminado, la estima de sus coterráneos y convecinos, no sean

susceptibles de ser acumulados como elementos de prueba salvadora, á cierta distancia. . . Ciertamente, el mejor juez sería el que á la vez fuese el juez del lugar donde ocurrió el delito y el del domicilio del reo, puesto que él podría apreciar conjuntamente el efecto del delito en el lugar de su perpetración y todos los antecedentes personales del delincuente».

«Si el agente criminal, por su sola voluntad ha separado estas dos circunstancias, si no estaba en el lugar de su domicilio en el momento en que se le previno, ó si el acto imputado ha sido cometido en otro lugar, ¿ qué debe hacer la justicia ? ¿Debe preferir el interés de la defensa que reclama al juez del domicilio, ó el interés social que quiere que el juicio sea dado donde el delito se cometió? Es evidente que el juez del lugar del delito debe ser preferido, no solamente por razón de la ejemplaridad de la reparación, sino también y sobre todo por razón de los medios que sólo él posee para verificar la verdad de los hechos. Desde luego, es más fácil transportar las atestaciones del domicilio que los indicios y los testimonios del lugar del delito ». (F. Hélie).

Por *domicilio* debe entenderse á los efectos de la jurisdicción penal, la *residencia* acompañada real ó presuntivamente del ánimo de permanecer en ella; el lugar donde un individuo está de asiento, ó donde personal y habitualmente ejerce su profesión ú oficio.

El domicilio así descripto es relativo á una sección ó departamento determinado del país.

Definiremos con F. Hélie esa *residencia*, diciendo que consiste en la *habitación* habitual del prevenido en el momento en que el procedimiento penal contra él se incoa.

La condición de la competencia *ratione domicilii*, en materia procesal penal, es la *residencia personal*.

La competencia del juez del lugar en que el presunto delincuente es habido, ó en que el procedimiento es incoado primeramente, nace en su caso, de las necesidades de la práctica. Según Hélie, el uso la introdujo en la ley romana, y más tarde en la antigua jurisprudencia francesa. La persecución de los delitos sería á menudo vana y sin efecto si el juez del lugar donde se encuentra accidentalmente el delincuente no estuviese armado de los poderes necesarios para ordenar su arresto, para incautarse las piezas de convicción de que es portador, para interrogarle y para ordenar las medidas urgentes que la instrucción del proceso reclame, y aún agregaremos, para interrumpir la prescripción de la acción pública.

La naturaleza *ontológica* de los delitos y faltas, puede afirmarse se, confunde con el concepto de la penalidad respectiva á los mismos, sin que se haga cuenta de las circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes que alteren la responsabilidad del agente criminal.

De manera que dentro de la regla general, según la cual la jurisdicción penal corresponde al lugar de la perpetración de los delitos y faltas (*ratione loci*), cabe la especial, perfectamente compatible, en cuya virtud la competencia es determinada por la naturaleza *ontológica* de las mismas transgresiones.

Es en este sentido que autores, como el doctor Laudelino Vázquez, sostienen que la clasificación de los delitos debe responder á su naturaleza *ontológica* para determinar las respectivas jurisdicciones.

En el Tít. VII de sus *Cuestiones de Derecho Penal Procesal*, ese distinguido compatriota discurre del siguiente modo:

« Por la naturaleza del delito, hemos dicho, ó por su propio carácter, es que debe fijarse la jurisdicción, porque ese es el medio más concluyente. Determinar la competencia por la pena (*singular*, diremos) que corresponda en cada caso, es hundirse desde luego en un mar de dificultades, porque la mayor ó menor importancia de la corrección depende de muchas circunstancias, que son ó pueden ser desconocidas en los primeros momentos, y aún después, según las pruebas que se produzcan. Si se trata de homicidio, de hurto, de lesiones personales, la jurisdicción está determinada de antemano. El homicidio podrá ser voluntario, casual, premeditado ó en defensa : lo que modifica la responsabilidad y la pena; pero el hecho en sí mismo determina la competencia. Si se trata de hurto, la cantidad ó la importancia material de lo sustraído la fija también de una manera cierta. En las lesiones personales, si se atiende á su mayor ó menor gravedad, lo que se comprueba *á priori* ó por una presunción legal, hay base cierta para fijar la competencia del juez ». (1)

Art. 267—Los Jueces y Tribunales que tengan competencia para conocer de una causa determinada, la tendrán también para todas sus incidencias, para llevar á efecto las providencias de tramitación y para la ejecución de las demás sentencias.

Conc.: art. 9.° de la Ley de Enj. Crim. Española.

Es una máxima jurídica universalmente admitida, que : el juez de lo principal lo es de lo incidental. Lo accesorio sigue á lo principal : *accesorium sequitur principale*.

Los incidentes son cuestiones que se suscitan en el curso de los

(1) Refiriéndose á la misma cuestión observa Tissot que, si muchos Códigos modernos admiten la diversidad de jurisdicciones, es más bién fundándose en la *naturaleza diferente* de los delitos que en sus grados diversos de gravedad.

juicios, de cuya resolución depende el giro que debe tomar la cuestión principal; son cuestiones ó contestaciones accesorias que sobrevienen ó se forman durante el trámite de un negocio judicial ó acción principal, con los que guardan relación directa é inmediata, ya para ilustrarlos, ya para esclarecer algunas circunstancias que validen el juicio. Unos recaen sobre el fondo de la cuestión principal é influyen naturalmente en los efectos de las sentencias definitivas; otros se refieren á la personalidad ó individuo de las partes, á la competencia de los jueces, etc. Unos se oponen al seguimiento de la acción principal; otros no se oponen.

Sería vana la facultad que la ley atribuye á los magistrados para decidir y discernir el derecho, si no tuvieran potestad ó fuerza para hacer efectivas sus decisiones.

La facultad coercitiva ó determinativa es inseparable de la deliberativa en la administración de justicia; de no serlo, degeneraría toda sentencia, que virtualmente debe ser cumplida para la ordenación al bien, en una declaración teórica de principios y derechos sin sanción real.

La misión de la justicia es aplicar el derecho; aplicar es una acción, y acción equivale á fuerza.

Art. 268—Las declinatorias de jurisdicción se substanciarán y juzgarán en forma de incidentes. Podrán deducirse en cualquier estado de las causas.

La declinatoria de jurisdicción es la oposición en la que el presunto reo advierte de su incompetencia al juez que le ha citado, ó ante quien ha sido sometido, rogándole que se separe del conocimiento de la causa y mande que el actor deduzca los derechos de que se crea asistido ante juez competente.

Las cuestiones sobre competencia promovidas por las partes son verdaderos incidentes que deben substanciarse como la generalidad de los mismos (Tít. XXVII), salvo que sobrevenga *contienda* entre los jueces, que se reglará conforme á lo dispuesto en el Tít. XXVIII del Proyecto.

El orden de las jurisdicciones penales domina todas las circunstancias de los hechos, todas las consideraciones que se podrían hacer valer en cada proceso (1). Si en materia civil alguna vez el acuerdo de las partes puede salvar la incompetencia por razón del lugar, puesto que esta incompetencia no ha estado establecida más que directa y principalmente en pro en un interés privado, esto nunca es así en ma

(1) F. Hélie.

teria criminal, puesto que la competencia en esta materia está fundada pricipal y directamente en un interés público que no pertenece á las partes ceder, ni discutir.

Se sigue de aquí que la excepción de incompetencia puede ser invocada en cualquier estado de una causa criminal.

F. Hélie recuerda que en Francia, la Corte de Casación ha consagrado este principio muchas veces. Se lee en una de sus más luminosas decisiones: «que las jurisdicciones penales son de orden público, y no está en las facultades de las partes escoger los jueces y conferirles una competencia y atribuciones que la ley no les ha concedido; que si en materia civil, la ley distingue entre la incompetencia *ratione materiæ* y la *ratione loci*, y si ésta debe ser propuesta previamente á toda otra excepción y defensa, mientras que la otra *puede serlo en todo estado de la causa* y no puede ser cubierta por el convenio de las partes, es porque las partes pueden renunciar á la atribución especial dada á ciertos tribunales más por su interés personal que en el interés público, lo que contrariamente pasa en materia criminal; en esta materia, todo lo que ordena la ley está prescrito en obsequio del interés público, puesto que todo lo que toca al honor, la libertad y la seguridad de los ciudadanos, interesa á la sociedad ... »

Art. 269—Corresponderá á la jurisdicción ordinaria el conocimiento de las causas y de los juicios penales, con excepción de los casos reservados por las leyes al Senado, á los Tribunales Militares y á las autoridades administrativas y de policía.

Conc.: art. 10 de la Ley de Enj. Crim. Española.

Jurisdicción ordinaria (*común*) es la que se ejerce en general sobre todas las causas comunes y que ordinariamente se presentan, ó la que extiende su poder á todas las personas que no están expresamente sometidas por la ley á jurisdicciones especiales.

Jurisdicción especial, extraordinaria, ó privilegiada es la que se ejerce con limitación á asuntos determinados, ó respecto de personas que por su clase, estado, ó profesión, están sujetos á ella.

La *jurisdicción ordinaria* la ejercerán ampliamente en el plenario los *Jueces de Paz*, los *Jueces de lo Correccional-Penitenciario* en los departamentos de campaña, los *Jueces de lo Correccional* y los de lo *Penitenciario* en Montevideo, y los Tribunales Superiores. Esta jurisdicción constituye la regla general, porque comprende la plenitud ó la mayor extensión de poder que tiene la autoridad judicial, al paso que las especiales deben considerarse como excepciones á esa regla. De

aquí que en caso de duda sobre qué jurisdicción es la competente para el conocimiento de un asunto, debe decidirse en favor de la ordinaria, y así se ha decidido las más de las veces.

Art. 270—Las jurisdicciones en materia penal serán improrrogables.

Conc.: art. 19 del Cód. de P. Crim. Argentino—art. 8.º de la Ley de Enj. Crim. Española—art. 35 del Cód. de P. Penales Paraguayo—art. 24 del Proy. de Cód de P. Penal de Ballesteros (Chile).

Jurisdicción *improrrogable* ó *forzosa* es la que tiene un Juez ó Tribunal con relación á ciertas causas que por ministerio de la ley é independientemente de cualquiera circunstancia extraña á esta última, están puestas bajo su potestad institucional exclusivamente.

Es forzosa con relación al Juez y con relación á las partes: con relación al Juez, porque éste no puede negarse á ejercerla cuando las partes acuden á su Juzgado en asuntos de su competencia; con relación á las partes, porque ellas no pueden renunciarla, como en algunos casos en materia civil, sometiéndose de motu propio á jueces ordinariamente incompetentes para el conocimiento del asunto litigioso.

En materia penal, pues, no nace del sometimiento ó del acuerdo de las partes solamente ninguna jurisdicción.

Este principio, que podemos considerar universal, está fundado en que, en esa materia, la competencia de los magistrados no se establece en el interés privativo del ofensor y del ofendido, sino principalmente en el interés social, en el de la sociedad encargada formalmente del restablecimiento del derecho, de la consolidación del orden público perturbado por una infracción punible. Ya lo hemos dicho: en materia penal, las jurisdicciones todas son de orden público, porque todo lo que concierne al honor, la seguridad y la libertad del hombre interesa generalmente al pueblo. La jurisdicción territorial no ha sido instituída sólo para resguardo del derecho privado; se ha tenido presente al establecerla, el interés de la administración de justicia y del orden público, la conveniencia en que el testimonio de los hombres y de las cosas no sea abstraído de su propia sede, lo mismo en que el ejemplo público tenga eficacia inmediata donde el desorden se produjo, aprovechándose la facilidad y economía en la acumulación de las pruebas.

Art. 271—La jurisdicción ordinaria será la competente para juzgar á los reos de delitos conexos, siempre que alguno esté sujeto á ella, aún cuando los demás gocen fuero.

Lo dispuesto en el párrafo anterior se entiende sin per-

juicio de las excepciones expresamente consignadas en este Código ó en leyes especiales.

Conc : art. 15 de la Ley de Enj. Crim. Española.

Art. 272—Considéranse delitos conexos:

1.º Los cometidos simultáneamente por dos ó más personas reunidas, siempre que éstas vengan sujetas á diversos Jueces ó Tribunales ordinarios ó especiales, ó que puedan estarlo por la índole del delito.

2.º Los cometidos por dos ó más personas en distintos lugares ó tiempos si hubiere precedido concierto para ello.

3.º Los cometidos como medio para perpetrar otros, ó facilitar su ejecución.

4.º Los cometidos para procurar la impunidad de otros delitos.

5.º Los diversos delitos que se imputan á un procesado al incoarse contra el mismo causa por cualquiera de ellos, si tuvieren analogía ó relación entre sí, á juicio del Tribunal, y no hubiesen sido hasta entonces objeto de procedimiento.

Conc.: art. 17 de la Ley de Enj. Crim. Española—art. 21 del Cód. de P. Penal Italiano- art 227 del Cód. de I. Crim. Francés—art. 40 del Cód. de P. Penales Paraguayo—art. 7.º del Proy. de Cód. de P. Penal de Ballesteros (Chile).

Art. 273—Son Jueces y Tribunales competentes, por su orden, para conocer de las causas por delitos conexos

1.º El del territorio en que se haya cometido el delito á que esté señalada pena mayor según su naturaleza ontológica.

2.º El que primero comenzase la causa, en el caso de que á los delitos esté señalada igual pena.

3.° El que el Tribunal de Justicia Pleno ó la Alta Corte de Justicia, una vez creada, determine, cuando las causas hubieren empezado al mismo tiempo, ó no conste cuál comenzó primero; estándose además á lo dispuesto en la parte segunda del artículo 266, en cuanto fuere aplicable.

Conc.: art. 18 de la Ley de Enj. Crim. Española.

La conexidad de los delitos es un vínculo lógico que liga entre sí varios delitos, sea que hayan sido cometidos por una sola ó por varias personas,

Dicho vínculo puede provenir de varios motivos. A veces proviene de una relación de causa á efecto, cuando uno de los delitos tiene origen en otro; otras veces resulta de cierta unidad de propósitos ó acuerdo previo entre los delincuentes; ó de cierta unidad de motivos, como ser odio á la víctima ó su familia; ó de unidad de tiempo y lugar, ó de circunstancias determinantes ú ocasionales, como una asonada, un descarrilamiento intencional, con robo por fin; etc.

Los principales efectos de la conexidad se refieren al procedimiento y á la competencia. (1)

Esos efectos se basan en que, dado el vínculo, la íntima relación entre varios delitos, los datos adquiridos respecto de uno, pueden ilustrar á la justicia sobre el otro, y recíprocamente; de ahí la acumulación de procedimientos, la unificación, mejor dicho, que se opera en un solo Juzgado ó Tribunal, evitándose la multiplicidad de procesos de hechos que pueden ser juzgados simultáneamente, con notable beneficio para los procesados y también para el logro de la justicia.

La competencia, en caso de conexión de delitos cometidos por una sola persona, está establecida en el artículo 265 del Proyecto.

TÍTULO XVII

CAPÍTULO ÚNICO

De la conciliación

Por *conciliación*, bajo el punto de vista jurídico, se entiende el acto judicial que debe celebrarse ante autoridad competente, entre el actor y el reo, previamente al juicio á que van á someter la decisión de su derecho, con el objeto de arreglar y transigir amigablemente sus respectivas pretensiones ó diferencias.

(1) Ortolán.

El origen de la conciliación, en concepto de Caravantes, considerada filosóficamente y como medio de avenencia, se encuentra en el principio de las sociedades; pues, nada más natural que la intervención de los padres y jefes de familia, de los patriarcas, de los parientes y amigos, para calmar los ánimos de los que suscitaban entre sí controversias, persuadiéndoles á dirimir sus discordias por medios pacíficos de avenencia y de conciliación. Posteriormente se reconoció la necesidad de dar fuerza de ley y de afirmar con la autoridad judicial los avenimientos que en un principio no habían sido efecto más que de los consejos y persuasiones apoyadas en el respeto á la ancianidad, en la influencia de los vínculos de sangre y en los afectos de la amistad. Así, ya en la legislación hebrea debieron conocerse las exhortaciones á la conciliación por medio de la autoridad judicial, si se atiende al espíritu de mansedumbre y de concordia que adornaba á los antiguos patriarcas, y á que la Iglesia, heredera de aquel espíritu, ha procurado en todo tiempo terminar las contiendas judiciales por medios conciliatorios. Así, los atenienses daban fuerza de ley á las transacciones que celebraban los llamados á juicio, y antes de comparecer en él, y los romanos trasladaron á las leyes de las *Doce Tablas* estas disposiciones, al paso que edificaron el *Templo de la Concordia,* no lejos del Foro, y levantaron la columna de Julio César, á cuya base acudía el pueblo á ofrecer sacrificios y á transigir los procesos, jurando dejarlos terminados por el nombre del *padre de la patria.*

Pero, continúa aquel autor, cuando vemos clara y eficazmente interviniendo la autoridad judicial en el avenimiento de los litigantes, es desde la aparición del Cristianismo. Su divina doctrina, no solamente evitó multitud de litigios y querellas, proclamando la unión del género humano en un solo vínculo de fraternidad por medio del olvido y perdón de las injurias, del amor al prójimo, de la caridad y el desprendimiento hasta la abnegación más heroica, sino que, recomendando á los fieles la incomunicación con los paganos, y siendo necesario para comparecer ante los jueces gentiles prestar juramento por el genio de los Emperadores, acudían los cristianos, para evitar todo perjurio y apostasía, á dirimir las escasas contiendas judiciales que se promovían entre ellos, más bien por las dudas fundadas á que daba lugar la legislación, que por efecto de pasiones ó ambiciones, á los tribunales de los Obispos, quienes, con la sabiduría de sus consejos y con la suavidad de sus exhortaciones, les persuadían á zanjar amigablemente sus desinteligencias. En efecto, vemos, como observa Fleury, en las primeras edades de la Iglesia, sentados los obispos en medio de los presbíteros, para calmar las pasiones y las animosidades, y terminar tranquila y pacíficamente las contiendas que se suscitaban entre los fieles. Y no se diga que las funciones de los obispos en tales casos eran las de unos *jueces árbitros,* pues este

cargo sólo lo ejercían cuando no les había sido posible conciliar cordialmente á las partes; puesto que, como afirma el tratadista mencionado, la jurisdicción de la Iglesia en su origen consistía *no tanto en hacer litigar ante ella, cuanto en impedir que se litigara.*

El juicio de conciliación no tuvo una forma marcada, dice otro escritor, sino desde el establecimiento del Cristianismo. La ley de las *Doce Tablas* no hacía sino dar fuerza á las composiciones y arreglos de los litigantes: no estableció una magistratura que tomase la iniciativa en la avenencia. El *Templo de la Concordia* podía mirarse como una excitación poética. La *Columna de César* fué erigida por el buen sentido de los litigantes, no por disposición del legislador.

La práctica de la conciliación judicial, nacida, propiamente hablando, repetimos, con el Cristianismo, se estableció con él en ambos hemisferios de la tierra. Está incorporada á la legislación de todos los países cultos del Oriente y del Occidente, y lo que es más, en muchos de ellos, principalmente en los del nuevo mundo, es una de las condiciones *sine quá non* del procedimiento judicial, uno de sus requisitos indispensables prescriptos en las Constituciones de los Estados. La nuestra lo prescribe en el artículo 107, instituyendo los JUECES DE PAZ, *para que procuren conciliar los pleitos que se pretendan iniciar; sin que pueda entablarse ninguno en materia civil y de injurias, sin constancia de haber comparecido las partes á la conciliación.*

Artículo 274—Las transacciones relativas á la responsabilidad penal procedente de delitos de orden público serán nulas.

Art. 275—Tratándose de delitos de orden privado, los Jueces no abrirán juicio sin que antes comprueben las partes que han llenado el requisito de la conciliación.

Entiéndese por *delitos de orden público* aquellos que dan margen á la acción pública para el castigo del delincuente; y por *delitos de orden privado,* aquellos que dan lugar tan sólo al ejercicio de la acción privada.

Los primeros afectan fundamentalmente el orden público, el interés y la conservación de la sociedad; y es, por tanto, á la sociedad agraviada y herida en las bases de su existencia misma, que corresponde la consecución del fin de la pena, por medio de sus representantes legales; cuyo fin no puede de ningún modo abandonarse al arbitrio de la persona ofendida por el delito y del ofensor, porque más que la reparación es la previsión del mal, la necesidad de la enmienda, el temor al castigo, que se obtiene con la penalidad.

Tratándose de delitos ó faltas graves en que la ley no reconoce más

partes principales que la sociedad y el delincuente, entre quienes debe sostenerse el juicio de responsabilidad penal, sería absurdo conceder una facultad transaccional al particular ofendido por el delito, cuando carece de facultad para intervenir en dicho juicio, precisamente porque la sociedad, al efecto de su conservación, toma sobre sí el cargo legítimo de procesar y castigar al culpable, si bien deja librado al particular el ejercicio de toda acción civil proveniente del delito.

Quien tiene la acción es el que puede hacer renuncia de ella, porque se supone que ella está hecha á su interés propio; y en ese sentido puede ó no hacer concesiones al presunto reo, de *motu propio* ó de común acuerdo. El particular agraviado puede, en su caso, hacer remisión de la pena, conceder el perdón á su agresor, y es propia de la naturaleza humana influenciada por el cristianismo esta elevadísima disposición de ánimo que Dios ha bendecido con la palabra de sus profetas y de Cristo Nuestro Señor que la santificó en el Calvario, y de sus Santos.

La sociedad, á su vez, en los casos y por los medios que ella determina, podrá hacer esta misma remisión de la culpa grave, ó morigerar los efectos de una justa condenación; y de ahí que, en consideración á circunstancias extraordinarias, ponga en manos del Augusto Soberano ó del Magistrado Augusto el poder de indultar, como se lo otorga el artículo 84 de nuestra Constitución Uruguaya al Presidente de la República, respecto de la pena capital.

En materia penal, ha estado entre nosotros y en la universalidad de los Códigos, establecido el principio legal de la no remisión voluntaria de la pena, ó sea, la renuncia de la acción correspondiente á todo delito que no fuera el de *injurias*. ¿Se habrá creído, quizás, que el reo que transige confiesa por este hecho su culpabilidad? *Intelligitur confiteri crimen qui pasicistur*, dice un antiguo aforismo.

Convengamos con Le Sellyer, Ballesteros y otros, en que esa creencia no puede ser admitida y mantenida de una manera absoluta, y si en ciertas circunstancias ha sido ó podido ser verdadera, puede no serlo en otras. Las molestias y penosa situación del acusado, han podido determinarle á transijir sin embargo de no ser culpable y de protestar incesantemente su inocencia.

Esto ha sido naturalmente lógico siempre que la ley ha señalado para tales delitos la acción pública, no la particular. Pero desde luego que para ciertos delitos, relativamente menos graves, ha tan sólo establecido la acción privada, como desde tiempo inmemorial la estableció para el de *injurias*, es lógico también que con relación á aquéllos rija la regla de este último, y por idénticos motivos puedan en todos ellos avenirse las partes y apartarse de litigios que, lejos de concluir sus diferencias entre hombre y hombre, abren grandes é inaccesibles surcos, disgregan los elementos sociales, en vez de realizar la paz y la unión, último objetivo de la justicia humana.

No puede menos de reconocerse que las transacciones entre particuares convienen por ser útiles á la sociedad; fortalecen los lazos de unión, y antes que cercenadas deben ser protejidas y vigorizadas por el legislador. Mas, en materia penal; tales transacciones sólo pueden referirse al ejercicio de las acciones privadas y no al de la acción pública, en que está especial, directa y en grado sumo interesada la comunidadsocial.

Si de transigir en el primer caso, después de incoarse el juicio, se derivan efectos saludables para el bienestar general, ¿cómo no han de derivarse más aun, y ricos en firmeza, de toda transacción anterior?; ¿cómo las almas no se han de sentir más afines cuando la separación, la grieta que causa el daño inferido no se convierte en un abismo á fuerza de combatir, de remover el pasado y de enrostrarse recíprocamente y á porfía las partes su culpa, y se suaviza, por el contrario, el roce, sus relaciones y asperezas, bajo el influjo de la caridad?

Los Fiscales, como representantes de la sociedad, con obligación ineludible de acusar al reo de delito que apareje acción pública, no pueden renunciar el ejercicio de esa acción cuando corresponda. Todo arreglo entre ellos y los agentes presuntos del delito sería nulo. Si así no fuera, sustituiría á la voluntad de las leyes de orden público, dictadas únicamente en nombre del interés social, la voluntad de un funcionario que, sin reatos de especie alguna, haría por ese hecho, del todo ineficaz la ley é imposible el correctivo que el legislador ha marcado por razón del grado de responsabilidad moral de ciertas transgresiones. La voluntad del ejecutor suplantaría la del legislador; lo que sería absurdo y contrario á nuestro sistema institucional. La aplicación de penas por delito de orden público es de necesidad, insustituible, por lo tanto; no admite ninguna compensación en su defecto.

La conciliación, ó la tentativa de conciliación, debe ser previa á la apertura del juicio penal propiamente dicho. En consecuencia, puede muy acertadamente instruirse un sumario, previa denuncia y á querella de parte, sin que antes sea preciso ese requisito. Las diligencias del sumario, ya hemos visto, no importan un juicio sino su preparación; son urgentes, no admiten demoras que pueden ser y son, la generalidad de las veces, perjudiciales á las partes. Cuando el asunto pase á estado de acusación, entonces sí, los jueces de la causa (del plenario) no le darán curso sin que las partes tienten de antemano la conciliación

Hubo una institución que al definir los delitos de herejía, á cuya consideración eran sometidos de oficio ó en uso de la acción pública que tales delitos aparejaban, principiaba con los denominados *autos de fe*, por reconciliar con la Iglesia á los herejes arrepentidos, y concluía por dejar al brazo seglar los herejes contumaces, esto es, los obstinados en no abandonar el error á pesar de todos los medios em-

pleados para atraerlos á la verdad tales como ejercicios espirituales, reflexiones piadosas, conferencias ilustradas y cuantos otros medios les sugerían su caridad y celo. El Tribunal de la Inquisición, á que nos referimos, solo al ser vencido por tanta obstinación, convencido de lo vano de sus esfuerzos en un caso dado, *pronunciaba sentencia declaratoria, esto es, declaraba que la doctrina sostenida por el reo era contraria á la fe* y, por consiguiente, *hereje.*

Es, sin duda por esto, que, Martinet, gran pensador, ha dicho que la Inquisición, á más de quitar al crimen los medios de extenderse, para que hubiese menos culpables que castigar, proporcionaba las penas á los delitos no haciendo caer la cuchilla de la justicia sino sobre las cabezas incorregiblemente malas.

El arrepentimiento ante el Tribunal Inquisidor libraba al reo de herejía de los *jueces de derecho* encargados de aplicar y hacer ejecutar la pena. Juzgado este fenómeno con criterio inspirado por un corazón cristiano, con criterio eminentemente imparcial, no puede menos de reconocerse que en él se manifiesta superior ese Tribunal al *jurado* de nuestros días, que, como aquél, conoce solo del *hecho*, pero ante el cual el arrepentimiento del acusado es una quimera, la misericordia no es una virtud, y á las instituciones contemporáneas que no admiten reconciliación antes del castigo, entre el desgraciado delincuente y la sociedad. Ni aun entre aquel y su víctima, en los casos en que procede el uso de la acción privada.

No deja de ser sorprendente á la vez que curioso, que no se tolere, ni menos se prescriba como indispensable. el requisito de la conciliación previa al juicio que se ha de seguir á querella particular. ¿Mas puede interesarle á la sociedad que no se compongan amigablemente las partes, que no se ejerza exactamente la acción privada? ¿Cómo no se ha de estar muy interesado en un positivo y cordial avenimiento, que en un distanciamiento cordial aunque pasivo? La sociedad vive de las buenas y cultas relaciones de sus miembros; pues se destruye por su recíproca repulsión, así como un cuerpo material cualquiera se deshace con la disgregación de sus moléculas y pierde la propia individualidad á quedaba ser la cohesión de estas últimas.

Art. 276—La conciliación se tentará ante los Jueces de Paz que no hayan de conocer en el juicio que se instaure·

Conc.: art. 262 del Cód. de P. Civil de la Rep. O. del Uruguay.

Ya hemos hecho notar que el artículo 107 de la Constitución de la República Oriental del Uruguay ha instituído los Jueces de Paz expresamente para que procuren conciliar á las partes antes de abrirse pleito ó contienda judicial; sin que pueda entablarse ninguno en materia ci-

vil y de injurias, sin constancia de haber comparecido las partes á la conciliación.

Dos sistemas han venido adoptándose respecto á la constitución de la autoridad encargada de presidir el acto de la conciliación, ó ante quien ésta puede celebrarse ó tentarse; por ejemplo, en Prusia, Ginebra y Países Bajos se ha seguido el de designar por conciliador al mismo Juez que debiera juzgar de la controversia sobre que aquélla versaba. Hoy día, la generalidad de las legislaciones del globo, y entre ellas la propia, como acabamos de exponer, prefieren el sistema de designar conciliadores á jueces ó magistrados especiales, que no han de conocer en el pleito en perspectiva. Sin embargo, el Código de Procedimiento Civil uruguayo (artículo 616) ha hecho una excepción, puesto que en su virtud, los Jueces de Paz son conciliadores en ocasión de entender en asuntos contenciosos de su competencia; el mismo Código, en el artículo 607, confía esa misión conciliadora á los Tenientes Alcaldes. Cuando entablada una demanda, han sido citadas las partes á un comparendo en su Juzgado ó Alcaldía, respectivamente, y han concurrido, en cuyo caso dichos magistrados oyen al demandante y al demandado, por su orden, examinan la documentación que presentan y procuran después, antes de dictar auto de prueba ó sentencia definitiva, avenirlos proponiéndoles medios de conciliación. Ambas disposiciones contrarían el espíritu de la disposición constitucional mencionada anteriormente.

El primer sistema de los expresados ha sufrido fuertes ataques de sabios publicistas. La influencia que puede ejercer en definitiva el Juez conciliador contra el que no quiso someterse á su mediación, puesto que dicho Juez es el mismo que entiende del negocio judicial; la presunción desfavorable que generalmente se levanta contra el que no quiso acceder á las persuasiones pacíficas de su adversario, que podría ser un litigante de mala fe; y sin derecho alguno traban la libertad de las partes y redundan en menoscabo de la imparcialidad del Juez.

Por otra parte, dice un distinguido jurista, un Juez que tuviese una secreta parcialidad en favor de un demandante, hallaría un medio excelente con este sistema para hacerle ganar á medias su causa á pretexto de una conciliación. ¿Qué prevención no se forma contra el litigante que rehusa una entrevista amistosa aconsejada por el Juez que consiente en hacer el modesto y noble oficio de mediador? Aun cuando la parte á quien quiere comprometer á hacer ese sacrificio tuviera un derecho evidente, quedaría el Juez á cubierto de toda censura. Lo más que se le podría echar en cara sería una sagacidad burlada por un exceso de benevolencia. Los abusos que tan naturalmente nacen de esa preocupación en favor de las conciliaciones, habían llegado á tal punto cuando y donde imperaban las leyes sardas, que llamaron la atención del legislador. Las leyes 11 y 15 del Código Sardo prohibieron á los Jueces, por una cláusula expresa, el dar orden alguna para obligar á las partes á una transacción.

Los inconvenientes numerosos que provienen de entender en la conciliación los jueces que deben conocer del litigio, desprestigian de gran manera este sistema y elevan á mayor estima el de nombrar jueces especiales conciliadores. Este último fué bien recibido y sancionado en Francia por la Asamblea Constituyente en 1790. En España se incluyó entre los principios de la Constitución de 1812, prescribiéndose que sin constar que se ha intentado la conciliación no se entablará pleito alguno, siendo conciliadores especiales los *Alcaldes*. Más tarde, apercibidos en esta nación madre que el cargo de Alcalde no recaía en personas inteligentes y entendidas, como es de desear para que concilien en asuntos de importancia, y porque con él ejercían funciones administrativas, con dependencia del Ejecutivo y grave riesgo de la autonomía del poder judicial de que estaban revestidos, se votaron otras disposiciones, como ser un decreto de 22 de Octubre de 1855, por las cuales se crearon los *Jueces de Paz*, funcionarios destinados exclusivamente á administrar justicia y que debían estar dotados de ilustración, inteligencia é imparcialidad.

Verdaderamente es una idea feliz, seductora y que podría ser fecunda en resultados satisfactorios, discurre Dalloz, obligar á las partes, desde el origen de sus diferencias y antes de hacerse abrir las puertas de la justicia, á presentarse ante un juez conciliador, que sin tener el derecho de juzgar el asunto que suscita la controversia, tiene la misión de inducir á las partes por medio de consejos imparciales y de reflexiones desinteresadas, á conciliarse y transigir entre sí, haciéndose concesiones recíprocas y renunciando á su intención de promover el litigio. Ejercida esta institución por hombres hábiles y que infundieran respeto y estimación por sus luces y su probidad, podría prevenirse multitud de litigios y de enemistades.

Autores distinguidos sostienen la conveniencia que habría en que los jueces conciliadores no fueran permanentes, sino que se nombraran especiales para cada clase de controversia que ocurriera, en atención á la importancia y á la naturaleza del asunto litigioso. Este tercer sistema no se ha difundido, por la dificultad de ponerlo en práctica á causa de la multitud de litigios que tienen lugar en el día, de la extensión territorial de los estados, del aumento de la población y del desarrollo de la industria y del comercio.

Le vemos adoptado, dice Caravantes, en uno de los más antiguos y más célebres Códigos de España, en el *Fuero Juzgo*, donde se encuentran asimismo muestras marcadas del acto conciliatorio, según el sistema que ha prevalecido en el día, esto es, cometido á jueces singulares, distintos de los que entienden en juicio formal y contradictorio de las controversias jurídicas.

Y en efecto, agrega tan autorizado jurista, mientras Mr. Boncenne y otros (censurando á los que dicen que la idea de una magistratura

especial, sin otra facultad que oir á las partes, ni otra jurisdicción que la de conciliarlas, ni otro imperio que el de la confianza, pertenece enteramente á nuestros legisladores modernos) señalan la Filadelfia como el primer país donde se introdujo este sistema por su fundador Guillermo Penn, ó bien la Hollanda, apoyándose en una carta que escribía el filósofo de Ginebra el año 1745; mientras ilustres filósofos, jurisconsultos y pensadores modernos discurrían y batallaban sobre el sistema más conveniente que debía adoptarse en la celebración de los actos conciliatorios, ostentábanse consignados desde hace *doce siglos* en el célebre *Fuero Juzgo*, para honra y gloria de España, disposiciones notabilísimas, en que sus sabios legisladores, anticipándose á la crítica y filosofía del siglo actual, establecieron el sistema que ha predominado después de profundas meditaciones y detenidas disputas de los más célebres jurisconsultos modernos. El Rey Flavio Recesvinto, al paso que en la ley 5, tít. 2, lib. 2, de dicho Código, desechaba el sistema de la conciliación ante el juez que conoce de la controversia en juicio contencioso, puesto que prohibía que las partes hicieran composición entre sí *después que el pleito es ante el juez*, á no ser que el mismo juez se lo mandase, de suerte que no bastaba el consentimiento de aquéllas que es precisamente lo que constituye la avenencia, fundándose dicha ley en que no despereciese la justicia, establecía aquel monarca, en la ley 15 del título 1.º del mismo libro, *pacis adsertores* (mandadores de paz), esto es, jueces especiales nombrados por el soberano para conciliar á las partes sobre las controversias que se suscitaban entre ellas, ó como dice la ley misma, á quien envía el rey SOLAMIENTRE *para meter paz entre las partes.*

Tanto por las leyes de la monarquía goda como por las otras más modernas, y por la razón natural, el cargo de Juez de Paz ó conciliador, no es ni debe ser el de un juez que va á dictar sentencia, ni á imponer un mandato, sino el que se confiere á una *persona prudente, imparcial, de buena fe y sano consejo, que señala á las partes, prontas á lanzarse á la arena judicial, todos los peligros, todos los sinsabores y pérdidas á que se exponen; que les indica los funestos efectos á que puede conducirles su empeño en seguir un litigio; que trata de excitar la piedad de un acreedor sobrado riguroso, y de despertar la buena fe en el ánimo de un deudor desconfiado, de encender á más la llama del amor y de la caridad infundiéndoles ideas de equidad y de justicia que les hagan aproximarse á los límites de una transacción ó conciliación equitativa.*

Art. 277—Cuando una persona tenga que acusar á otra en juicio, deberá presentarse ante un Juez de Paz para que la mande citar á conciliación. El término de la citación será

de tres días, y de veinticuatro horas en caso de urgencia. En la citación, que se hará por cédula, se expresará el nombre del que ha pedido la citación y el asunto que se trata de conciliar, y será entregada por el ordenanza del Juez en casa ó residencia del citado. Si nadie hubiere allí ó quisiese recibirla, se pegará en la puerta ó pared de la casa ó residencia.

Conc.: art. 263 del Cód. de P. Civil de la Rep. O. del Uruguay.

Art. 278—La petición verbal hecha al Juez de Paz, bastará para que éste mande citar al demandado, evitando dilaciones. El Juez de Paz del lugar donde reside ó se domicilia el demandado, es el competente para los juicios conciliatorios, salvo los casos de implicancia y el previsto en el artículo 276. En estos últimos casos el subrogante será el más inmediato.

Todo individuo á quien el Juez de Paz cite á conciliación, comparecerá en persona ante él á la hora señalada, ó por medio de un procurador ó apoderado con poder ó facultad especial para conciliarse ó transar.

Conc.: arts. 264, 265 y 266 del Cód. de P. Civil de la Rep. O. del Uruguay.

Puede solicitarse la citación del presunto reo al acto conciliatorio, ya sea por escrito ó verbalmente; esta última forma nos parece más apropiada al carácter de las funciones de juez conciliador y al modo en que por regla general proceden los Jueces de Paz. El procedimiento escrito es más ocasionado á demoras, á inconvenientes de redacción, gastos, etc., que el oral; y de ahí que tratándose de una diligencia previa urgente, sea más apropiado el pedimento *de palabra* ante el Juez respectivo. Luego, pues, la petición verbal hecha á este magistrado, sin que haya de ser consignada en acta, será suficiente para que acto continuo se ordene la citación del demandado.

Para que éste tenga tiempo de preparar su exposición, ó se coloque en situación de poder exponer sus defensas ó pretendidos derechos, ó de nombrar á quien lo represente, etc., teniéndose en cuenta, además, el interés de no aplazar demasiado el requisito á que nos referimos, el

Juez señalará día para la audiencia, dentro del tercero, á contar desde el de la solicitud del actor, sin que por lo menos medien entre ésta y aquél acto 24 horas.

La citación por cédula es más rápida, económica, eficaz y directa que la que se hiciere por edictos, que además no se podría hacer dentro de términos tan breves como el anteriormente indicado y en un lugar donde no hubiere diarios ó periódicos. Dicha citación se llevará por el ordenanza del Juzgado, al domicilio, ó á la residencia actual del citado, donde surtirá efectos legales, sea cual fuere la persona en cuyas manos se deponga, que se presumirá ser de la casa con el fin de evitar chicanas originadas en el deseo de eludirla con negativa ú ocultaciones. En caso de negativa á recibir la cédula, se la pegará ó clavará en la puerta ó pared de esa casa, sin otro trámite.

El Juez de Paz competente para conciliar en materia penal, será el del domicilio ó el de la residencia actual del presunto reo, á elección del demandante; se entiende por el *del lugar*, el Juez de la sección á que pertenece el domicilio ó la residencia actual del que haya de ser citado. La disposición precedente es conforme á la regla general de jurisprudencia, sobre que teniendo el demandante y el demandado diversos domicilios, debe seguir el actor el fuero del reo. Quizás pareciera más útil que la citación se hiciera y el acto de conciliación se tentase en el lugar del delito ó falta; pero, sucediendo en la generalidad de las veces que el presunto reo no permanezca allí ó se haya encontrado allí accidentalmente, y como, además, los Jueces de Paz, como Jueces conciliadores no están llamados á juzgar de los hechos, á estudiar sus detalles, como el juez de la causa, no tendría razón de ser la disposición que estableciese esa jurisdicción, y siempre resultará más adecuada la determinada por el domicilio ó la residencia actual del reo, porque será en todo tiempo lo más eficaz. Puesto que la misión del Juez de Paz conciliador se reduce á aconsejar á las partes é ilustrarlas sobre sus mejores conveniencias con relación á tal ó cual avenimiento, conmoverlas ó inclinarlas hacia una transacción equitativa, apoyándose, por lo tanto, la autoridad del Juez, en el ascendiente moral que inspira á las partes, es lógico presumir que lo tenga mayormente el Juez del domicilio ó residencia del presunto reo, á cuya persuasión accederá con más facilidad que á la de cualquiera otra.

Siendo dos ó más los que hayan de ser demandados, por un mismo delito ó falta, el juez conciliador competente deberá ser el del domicilio ó residencia de cualquiera de ellos, á elección del demandante; porque la conciliación puede tener lugar en un solo acto evitándose demoras é ingentes gastos al demandante.

Dicho Juez de Paz pudiera estar impedido por enfermedad, ó estar ausente ó haber fallecido sin ser sustituído por otra persona, ó estar impedido por deber ser el Juez de la causa: en todos estos casos hará

sus veces el más inmediato, el cual efectuará las citaciones y cumplirá las demás diligencias que en el común de los casos el Proyecto prescribe en el título que comentamos.

La obligación de comparecer las partes al acto de la conciliación, es de orden público, porque se sigue un interés social al prevenir los pleitos que se pueden transigir, y no sólo un interés particular, aun cuando no se obligue á las partes á que concilien ó transijan sus reclamaciones. De esto se infiere el por qué el artículo 278 del Proyecto, en su última parte, manda imperativamente que las partes comparezcan, y el artículo 287 impone el pago de las costas á la que no comparece, á no ser que justificare causa suficiente de inasistencia, como ser enfermedad, algún impedimento físico ó moral.

Para que tal obligación exista, es necesario que el Juez que cita sea el competente para conciliar; de lo contrario, la inasistencia quedará excusada; y si fuere condenado el citado, al pago de las costas, podrá reclamar de ello, ante el mismo Juez; cuyo reclamo podrá seguir el curso de los incidentes.

Hay quienes opinan que la comparecencia de las partes al acto de la conciliación debe ser personal y no por interpósita persona; porque de aquella suerte hay más probabilidades de avenencia y no existe el temor de que agregándose las pasiones de esta tercera persona á las de su cliente y teniendo aquella menor interés en el avenimiento ó tal vez un interés opuesto, persista en pretensiones excesivas, injustas ó absurdas, resistiéndose á las exhortaciones del Juez. Sin embargo de todo esto, creemos conveniente dejar al arbitrio de las partes el presentarse por sí ó por medio de otros, atendiendo á que pueden existir razones de delicadeza, ó motivos de carácter, que obliguen á las partes á eludir su vista y mutuo rozamiento, cuando estos tratos podrían enardecer sus susceptibilidades y causar un mal que con otros se quiere obviar.

Quien alegue representación de una de las partes en el acto de la referencia, debe comprobarlo con un poder especial para conciliar ó transigir, y no basta un poder para pleitos sin esa cláusula; considerando, en primer término, que ese requisito no es un juicio propiamente dicho, y en segundo, que de él puede surgir un contrato de consecuencias graves é imprevistas.

Art. 279—El Juez de Paz oirá á ambas partes, se enterará de sus razones y documentos y les propondrá algún medio conciliatorio, mencionándolo en el acta respectiva, expresando cuál de ellas lo ha aceptado ó rechazado, y si no se ha verificado por ese medio ni por otro la conciliación.

Si el reo declinase de jurisdicción, el Juez se pronunciará

inmediatamente, en el mismo acto, sin que haya recurso alguno de su resolución.

Conc.: art. 267 del Cód. de P. Civil de la Rep. O. del Uruguay.

Art. 280—Si las partes se concilian, se hará constar en el acta, con expresión clara y minuciosa de los términos de la conciliación.

Conc.: art. 268 del Cód. de P. Civil de la Rep. O. del Uruguay.

Art. 281—Las actas indicadas en los casos de los artículos precedentes, se extenderán en un libro que el Juez de Paz debe tener debidamente rubricado por el Secretario del Tribunal de Justicia Pleno, con el título de «Juicios de Conciliación en lo Penal»; se leerán á los interesados y se firmarán por el Juez y las partes si supieran firmar, ú otras á su ruego, si no supieran ó no pudieren.

Conc.: art. 269 del Cód. de P. Civil de la Rep. O. del Uruguay.

Art. 282—Si la conciliación se hubiere efectuado, el acta será además autorizada por un Escribano Público ó por dos testigos.

Conc.: art. 270 del Cód. de P. Civil de la Rep. O. del Uruguay.

Art. 283—El Juez de Paz dará á las partes que lo pidan, y á costa de ellas, en el papel sellado correspondiente, el testimonio del acta, autorizado con su sola firma.

Conc.: art. 271 del Cód. de P. Civil de la Rep. O. dei Uruguay.

Art. 284—Si el Juez actuó con Escribano Público, expedirá éste el testimonio.

Conc.: art. 271 del Cód. de P. Civil de la Rep. O. del Uruguay.

Art. 285—Las actas se asentarán unas tras otras sin dejar espacio alguno en blanco; y las entrerrenglonaduras, adi-

ciones, ó enmiendas se salvarán firmándose por el mismo Juez é interesados.

Conc.: art. 272 del Cód. de P. Civil de la Rep. O. del Uruguay.

Presentes el actor y el reo ante el Juez de Paz conciliador, comenzará el primero exponiendo de palabra el objeto de su reclamación ó de la acción penal que pretende desarrollar oportunamente, esto es, lo que ha de pedir y los motivos que tiene para ello, manifestando concisamente y con claridad los fundamentos de hecho y de derecho en que apoya sus afirmaciones, á fin de que el inculpado no caiga en el error que pudiera provenir de una obscura exposición. El reo contestará en seguida lo que crea conveniente á su descargo, bien alegando las razones que existen en contra de las pretensiones del querellante, bien callando aquellas cuya revelación fuera impertinente ó comprometedora, para su defensa ó para el éxito de sus disculpas en el juicio principal, conformándose á la pretensión del actor ó impugnándola; y todo esto en la misma forma que está obligado á guardar el actor en sus afirmaciones.

Podrá oponer la excepción de incompetencia, lo que deberá hacer antes de toda contestación, para que no se considere prorrogada la jurisdicción del Juez de Paz, quien en ese caso resolverá el incidente en el mismo acto, sin recurso alguno.

No suscitándose cuestión de competencia, ó resuelta á favor de determinado Juez de Paz, entonces, oídas las partes sobre las demás cuestiones que las han llevado ante él, de lo que podrán replicar y contrarreplicar á fin de esclarecer los dichos, les propondrá el magistrado algún medio conciliatorio, que se expresará en el acta respectiva, con la designación de las partes que lo acepten ó rechacen, y la constancia de si se ha verificado ó no por ese medio la conciliación.

El acta de la referencia se labrará en un libro titulado: « Juicios de Conciliación en lo Penal »; se redactará sucintamente, con laconismo, resumiéndose en ella lo expuesto por las partes y lo propuesto por el juez conciliador para avenirlas, la aceptación ó no aceptación de esta propuesta, lo convenido por las partes en caso de haberse conciliado, para que todo parezca claro, preciso, inequívoco y de fácil consulta; y á más la expresión de fecha y lugar, de testigos ó Escribano.

La expedición de testimonios de las actas de conciliación ó tentativa, pertenecerá al oficio del Juez de Paz á que acceda el libro respectivo, autorizándolo con su sola firma, salvo que haya actuado con Escribano, en cuyo caso siendo Escribano el autorizante del acta, parece más natural que sea el que dé su testimonio, porque esta operación es más propia de su oficio que del de juez.

Las actas se seguirán unas á otras por orden de fecha, no mediando entre ellas más espacio que el necesario para las firmas de las partes, del Juez, del Escribano ó testigos de actuación; deben ser limpias y tener salvadas cuantas enmendaturas, adiciones, raspaduras y entrerrenglonaduras contuviesen, para que conserven su autenticidad y no se sospeche en ellas ningún dolo ó fraude.

Los gastos de certificación de las mismas ó del testimonio respectivo serán de cuenta del que los solicitare.

No se devengarán costas, á no ser por la condenación que prescribe el artículo 287 del Proyecto.

Art. 286—La propuesta de conciliación aceptada por las partes, ó los convenios hechos por ellas ante el Juez de Paz, tendrán fuerza de ejecutoria.

Conc.: art. 273 del Cód. de P. Civil de la Rep. O. del Uruguay.

El avenimiento mutuo de las partes en el juicio de conciliación es una transacción ó un contrato solemne, que adquiere fuerza ejecutiva por la circunstancia de celebrarse ante el Juez de Paz, asistido de Escribano ó testigos, sin que se dé contra él recurso alguno, porque depende tan sólo de la voluntad de las partes. Mas como para que tenga validez cualquier contrato es necesario, que concurran en él las condiciones de derecho que exige la ley, pudiéndose, de lo contrario, reclamar su nulidad en juicio ordinario, es lógico que se permita reclamar la nulidad de lo convenido en la conciliación, antes de llevarlo á efecto por la vía ejecutiva, á la manera que permiten las leyes oponer excepciones análogas en esta vía, cuando se procede en ella por los demás títulos que aparejan ejecución, para evitar los perjuicios é inconvenientes que se acarrearía á las partes si después de la ejecución se anulase.

Art. 287—Si alguna de las partes no compareciere, dará el Juez por tentada la conciliación, extendiendo el acta respectiva de que expedirá testimonio en forma, si se pidiese y á costa del rebelde.

Conc.: art 275 del Cód. de P. Civil de la Rep. O. del Uruguay.

Véase el comentario del artículo 278.

Art. 288—Los Jueces de Paz no serán recusables cuando procedan como simples conciliadores.

Conc.: art. 280 del Cód. de P. Civil de la Rep. O. del Uruguay.

Los Jueces de Paz, como conciliadores, no ejercen judicatura, no dictan resolución que obligue á ninguna de las partes; la conciliación es un acto esencialmente convencional. El requisito conciliatorio deja librado al criterio y voluntad de las partes el avenirse ó no y aceptar ó no las bases de arreglo propuestas por el Juez; éste no falla ni decide; aconseja, siendo los interesados los que resuelven según sus conveniencias. El peligro de la parcialidad de los Jueces de Paz conciliadores se conjura con la fuerza de esas conveniencias mismas.

Art. 289.—No puede darse curso á ningún expediente de los no exceptuados, en los Tribunales ó Juzgados, sin que el Escribano Actuario anote en la carátula del expediente haberse llenado la tentativa de conciliación y la foja en que conste, ó bien expresar que no consta haber tenido lugar, para que ante todo se provea por el Tribunal ó Juez que conozca ó haya de conocer del asunto, que se cumpla ese requisito, imponiendo multa de 25 pesos á los que resulten culpables de la inobservancia de este artículo.

Conc.: art. 281 del Cód. de P. Civil de la Rep. O. del Uruguay.

Art. 290.—Serán no obstante válidas las actuaciones que se hayan practicado antes de llenarse dicho requisito.

Conc.: art. 281 del Cód. de P. Civil de la Rep. O. del Uruguay.

Huet ha dicho: la nulidad, como sanción de no haberse tentado la conciliación, es innecesaria, perjudicial é injusta. Es innecesaria, porque hay otros medios harto obvios, bastante eficaces para hacer satisfacer la necesidad de intentar el juicio de paz sin recurrir á este de tan gran trascendencia; es perjudicial, porque las consecuencias que pueden nacer de dejar sin efecto alguno el juicio, acaso próximo á terminar, y tal vez en segunda instancia, causan mayores perjuicios que los que pueden resultar de no haberse intentado un acto que ofrece en ese caso muy problemática utilidad; y es injusta, porque esa falta fué consentida por la parte contraria, en el mero hecho de haber continuado el litigio; y ese consentimiento prueba, además de su malicia, la excusa ó ninguna disposición que tenía esta parte para avenirse amigablemente.

Además, añadiremos con Caravantes, siendo el acto conciliatorio en-

teramente independiente del procedimiento contencioso, aunque afecta al fondo del litigio, no influye su omisión sobre las formalidades del mismo, las cuales se observan con igual exactitud y legalidad que si aquel acto se hubiera intentado, y no hubiera producido efecto; por lo que declarar la nulidad de procedimientos y decisiones justas y conformes á la ley, sería renovar el proceso, desviándose de este modo precisamente del objetivo de la ley, que al prescribir el ensayo de la conciliación no ha tenido otro uqe el de prevenir y evitar los litigios.

Apercibido el Juez de la causa de que ese requisito no se ha llenado, debe suspender el curso de la misma, ínterin los interesados no lo satisfagan. Los actuarios son los encargados en primer término para hacer la advertencia, en la forma determinada por el artículo 289, incurriendo en multa de 25 pesos si no la hicieren. Pudiera ser que recién en segunda ó tercera instancia se entrase en cuenta y saber de que ese requisito se ha omitido, sin que lo advirtiesen los actuarios ni los respectivos jueces tomasen providencia sobre el particular; entonces, tanto unos como otros incurrirán en la misma pena. No hay para qué imponer igual ó semejante castigo á las partes actoras, también omisas. porque ya le padecerán por el hecho de paralizarse la acción. Esta penalidad tiene razón de ser en que, como hemos manifestado en otros lugares, la tentativa de conciliación es de orden público, puesto que se halla éste interesado en sofocar las pendencias judiciales (litis-pendencias) en su origen, y no puede depender de las partes ni de los jueces ni de los actuarios que las primeras se substraigan á tal formalidad, que es para ellas un riguroso é ineludible deber legal y constitucional.

Art. 291.—Si por no tener domicilio conocido el demandado, ó por residir fuera del Departamento en que tiene su asiento el Juzgado que debe conocer de la demanda, no se hubiese intentado la conciliación, se admitirá aquélla si el actor pide que al emplazarse al acusado se le cite también para el previo juicio conciliatorio.

Conc.: art. 282 del Cód. de P. Civil de la Rep. O. del Uruguay.

* Esta disposición se propone obviar dilaciones y ahorrar gastos de citación y emplazamiento á la parte actora, que de otra manera habría que duplicar.

TÍTULO XVIII

CAPÍTULO I

De las acciones

Artículo 292.—Los delitos y las faltas dan lugar á una acción penal para el castigo del delincuente y faltador, y á una acción civil de restitución, reembolso, reparación del daño é indemnización de perjuicios ocasionados por el hecho punible (a).

Conc.: art. 1.º del Cód. de I. Crim. de la Rep. O. del Uruguay—art. 1.º del Cód. de I. Crim. Francés—arts. 2 y 3 del Cód. de Proc. Penal Holandés—art. 46 del Cód. de I. Crim. Salvadoreño—art. 100 de la Ley de Enj. Crim. Española—art. 15 del Cód. de Proc. Penales Paraguayo—art. 1.º del Código de Proc. Penal Italiano—art. 25 del Proy. de Cód. de P. Penal de Ballesteros (Chile).

Art. 293.—La acción penal se divide en *pública* y *privada*.

Es *pública* cuando se ha de ejercer de oficio por el Ministerio Público.

Es *privada* en los casos en que, según el Código Penal, no puede ser ejercida sino por la parte agraviada por el hecho punible.

El ejercicio de la acción pública será obligatorio en todos los casos en que proceda con arreglo á la ley.

(a) Si se trata de homicidio, el delincuente tiene la obligación de pagar los gastos de asistencia y funeral; el juez fijará prudentemente, además, el importe de lo necesario para la subsistencia de la viuda é hijos del muerto, y el modo cómo se ha de dar este alimento.

Si el delito fuese por heridas, la indemnización deberá consistir en el pago de los gastos de asistencia del ofendido y de las ganancias de que se le ha privado hasta su restablecimiento, las cuales regulará el juez si no fuesen determinadas por las circunstancias.

Si se trata de un abuso contra la libertad individual, la indemnización consistirá en una cantidad de dinero que corresponda á las ganancias que el paciente pudo adquirir hasta el día en que recobró su libertad.

Si el delito es de violación de una mujer honesta, la indemnización se reducirá al pago de una cantidad de dinero ú otra pensión que el juez señalará.

Si el caso es de calumnia ó de injuria, el ofendido tendrá derecho á una retribución pecuniaria, que el juez regulará.

La incoación de una instrucción judicial se subordinará á la acción correspondiente.

Conc.: art. 2.º del Cód. de I. Crim. de la Rep. O. del Uruguay—art. 146 del Cód. de Proc. Crim. Argentino—art. 2.º del Cód. de Proc. Penal Italiano—art. 26 del Proy. de Cód. de P. Penal de Ballesteros (Chile)—art. 105 de la Ley de Enj. Crim. Española—arts. 16 y 17 del Cód. de P. Penales Paraguayo—arts. 151, 152 y 414 del Cód. de P. Crim. de Alemania—arts. 1.º y 5.º de la Ley de P. Criminal de Bolivia—arts. 32 y 33 del Cód. de I. Crim. Salvadoreño.

La palabra *acción* intercalada en estos artículos, puede tener dos acepciones: 1.ª significar el derecho de pedir el castigo y la reparación, restitución é indemnización que corresponda, por cada acto ú omisión culpables según la ley penal; 2.ª significar la vía legal que se sigue por parte de la sociedad ó del particular agraviado por el delito ó la falta, á fin de obtener la imposición judicial de aquel castigo y de las prestaciones consecuentes.

De todo delito ó falta nace una *acción penal* y otra *civil*. En estos dos casos, ambas acciones derivan por legislación patria, del principio establecido en el artículo 25 del Código Penal, por cuya virtud *toda persona responsable criminalmente lo es también civilmente* (1).

La reparación del mal ó daño causado, y, por ejemplo, la restitución de la cosa hurtada, son postulados universales de la justicia, dignos de la consagración de nuestras leyes.

Cuando con ocasión de ciertos delitos ó faltas contra el derecho, la moral y el orden social, la sociedad tiene derecho privativo á que los jueces que ha instituído juzguen del hecho punible y hagan efectiva la penalidad, entonces tendrá lugar *ex oficio* el procedimiento y el ejercicio de la *acción pública*, siendo funcionarios especialmente encargados de éste los Fiscales de lo Penal, bajo la denominación genérica de *Ministerio Público*.

Cuando son los particulares damnificados por el delito ó la falta, los que con arreglo al Código Penal son los únicos con facultad expresa (2) para querellar y enjuiciar á los malhechores, entonces podrá te-

(1) Si en el concepto *indemnización* no figurasen las costas y los costos del proceso penal, en armonía con lo establecido en el artículo 663 del Código Civil y 35 del Código Penal Uruguayo, esta absoluta no sería verdadera, y así para los que la idea de *reparación* es la única que informa la acción civil, tendríamos que habría delitos, como el de *conspiración*, en que no hay daño positivo y por tanto reparación que hacer y por ende no procede la acción civil.

(2) Decimos *con facultad expresa*, porque la universalidad de las leyes penales y las nuestras en particular, autorizan el ejercicio de la acción privada en casos de excepción, que son por naturaleza de estricta interpretación (interpretación restrictiva), y por consiguiente, donde quiera que para un caso dado no se disponga por la ley que se ha de proceder á querella particular, debe entenderse que sólo procede la acción pública, según la regla general. Obedeciendo al mismo criterio, es que el Cód. de P. Criminal Alemán prescribe en el artículo 152, después de establecer que corresponde al Fiscal el derecho de promover la acción pública, que *fuera del caso en que disponga la ley lo contrario, tiene el Ministerio Público obligación de perseguir los hechos punibles que caen bajo el imperio de la justicia.*

ner lugar, á su árbitro, el ejercicio de lo que por esto mismo se llama *acción privada.*

El ejercicio de la acción pública es obligatorio toda vez que corresponda, porque es una verdadera función pública que emana de la soberanía social, y no puede, ya se sabe, someterse ó suplantarse esta soberanía, ó sea la voluntad de todos, por la de un solo individuo que debe cumplirla.

El ejercicio de la acción pública no puede renunciarse de antemano ni en ningún otro modo, expresa ó tácitamente, en los casos en que procede, sin grave responsabilidad de los agentes del Ministerio Público. Éstos, diremos con el señor Ballesteros (don Manuel Ejidio), no son dueños de su acción: son encargados de la sociedad para ejercitarla, y no les es lícito renunciar á su ejercicio, ni abandonarla, ni transigir sobre ella.

Art. 294.—La acción civil pertenecerá al damnificado, ya sea la sociedad (ó el Estado) ó un particular. Puede ejercerse contra los autores, cómplices y encubridores expresados en el número 3.º del artículo 23 del Código Penal, ó contra sus herederos, hasta donde alcancen los bienes hereditarios.

Esta acción podrá dirigirse contra todas las personas nombradas en la parte final del inciso anterior, que responderán solidariamente del daño y de los perjuicios causados; pero si lo fuese únicamente contra una de ellas, quedará extinguida con respecto á las demás.

La acción restitutoria se dirigirá contra quien tenga la cosa ó persona reclamada.

Conc.: art. 4.º del Cód. de I. Crim. de la Rep. O. del Uruguay—art. 1305 del Cód. Civil de ídem—arts. 21 y 23 del Cód. de P. Penales Paraguayo—art. 56 del Proy. de Cód. de P. Penal de Ballesteros (Chile)—art. 3 y 4 del Cód. de P. Penal Italiano.

Es muy común entre autores y entre códigos, que se tenga por único interesado en la acción civil al particular damnificado por el delito ó por la falta, como si el Estado, ó la sociedad, no tuviese el derecho de exigir por medio de sus legítimos representantes, la reparación de daños y las indemnizaciones de perjuicios que á ellos, como entidades capaces de derechos reales y morales, se les causaren en estos mismos al cometerse algún delito público, como, v. gr., el de falsificación de monedas, de títulos de deuda nacional; el de peculado, etc., etc.

¿Quién puede negar que en estos y otros casos parecidos, á más de la acción pública penal, compete al Estado una acción civil contra los culpables de esos delitos?

Para que no se entienda únicamente por *damnificado* al particular que ha sido víctima de un delito, y quien dice de un delito dice de una falta, nos parece conveniente añadir á la oración: *la acción civil pertenecerá al damnificado* (tomada del artículo 4.º del Código de Instrucción Criminal de la República O. del Uruguay), el siguiente complemento: *ya sea el Estado ó un particular.*

La *acción civil* podrá ejercerse contra los autores, cómplices y encubridores mencionados en el número 3.º del artículo 23 del Código Penal Uruguayo, ó sea, los encubridores que se han aprovechado por sí mismos ó han facilitado á los delincuentes los medios de aprovecharse de los efectos del delito; ó contra sus respectivos herederos, hasta donde alcancen los bienes hereditarios (1).

La acción por daños y perjuicios es solidaria; de manera que el actor podrá dirigirse contra todos los reos de un delito ó falta, ó contra uno ó varios de ellos indistintamente, por el todo reclamado; no pudiendo sin embargo la acción dirigida contra uno dirigirse después contra los otros; estándose en cuanto á los demás efectos de semejante solidaridad, en lo que fuere aplicable, á lo dispuesto en el artículo 1372 y siguientes del Código Civil de la República.

La acción restitutoria de una cosa ó persona, es natural que se dirija especialmente á los agentes del delito que la posean, porque es de puro dominio y sigue á la cosa ó persona cuyo dominio se tiene, sea quien fuese su detentador ó actual posesor; es en esencia una acción real.

Art. 295.—La acción penal y la civil que nacen de delito ó de falta, podrán ejercitarse conjuntamente ante el mismo juez de lo penal, ó por separado ó singularmente, correspondiendo en este último caso, el conocimiento de la penal al Juez de lo Penal y el de la civil al Juez de lo Civil competente. Mas, ejercitada sólo la penal, no podrá intentarse la civil hasta que sea resuelta definitivamente aquélla.

Conc.: art. 5.º del Cód. de I. Crim. de la Rep. O. del Uruguay — art. 3.º del Cód. de I. Crim. Francés—art. 111 de la Ley de Enj. Crim. Española—art. 25 del Cód. de P. Penales Paraguayo—art. 3 º de la Ley de P. Crim. Boliviana.

(1) Se comprende, dice Le Sellyer, que los representantes del difunto, no teniendo esta calidad sino en virtud de una relación civil y no de una relación natural, estén sometidos á la acción civil á que lo estaba su causante, mas no á la acción penal que sólo persigue al castigo en la persona misma del delincuente.

Art. 296.—Pendiente la acción civil podrá ejercitarse la penal pública, pero se suspenderá aquélla hasta resolverse por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, la segunda.

Conc. : art. 6.° del Cód. de I. Crim. de la Rep. O. del Uruguay—art. 3.° del Cód. de I. Crim. Francés—art. 112 de la Ley de Enj. Crim. Española—art. 25 del Cód. de P. Penales Paraguayo.

Art. 297.—En el caso en que la acción penal no puede ejercitarse sino por la persona ó parte ofendida, no le será permitido á ésta después de entablada la acción civil ante Juez competente, promover el juicio penal.

Conc.: art. 7.° del Cód. de I. Crim. de la Rep. O. del Uruguay—art. 112 de la Ley de Enj. Crim. Española —art. 27 del Proy. de Cód. de P. Penal de Ballesteros (Chile) — art. 3.° del Cód. de P. Penal de Holanda—art. 3.° del Cód. de I. Crim. Francés—art. 66 de ídem—arts. 4.° y 7.° del Cód. de P. Penal Italiano.

Art. 298—Si se trata de la acción pública el particular perjudicado por el delito ó la falta, que ha deducido anteriormente la acción civil por daños y perjuicios, no podrá constituirse después parte civil en el juicio penal.

Conc. : art. 7.° del Cód. de I. Crim. de la Rep. O. del Uruguay.

La circunstancia de emanar de un mismo origen, esto es, de un hecho punible, las acciones penales y civiles de tan diversa índole entre sí, ha dado motivo á que se discuta si unas y otras deben cursarse y decidirse en un juicio común ó en procesos separados.

Al parecer, sería correcto, lógico y recomendable por su simplicidad, que conociera y decidiera de la responsabilidad civil la judicatura civil, y de la otra los Jueces y Tribunales de lo penal, en uso de sus facultades legales y de su libre jurisdicción. Pero se ha observado, con razón, que tal simplicidad es sólo aparente, y que *en realidad, la tramitación y resolución de una y otra responsabilidad* por expediente separado y ante judicaturas de distinta clase, *complica el problema en vez de simplificar su solución;* porque teniendo uno y otro juicio por causa unos mismos hechos, un delito dado, una falta, podría suceder que sobre esos hechos, fundamento original de aquellas responsabilidades, se pronunciasen y confirmasen, con calidad de cosa juzgada, sentencias completamente contradictorias; y así no sería im-

posible que una persona condenada en juicio criminal por hurto, y por tanto obligada á restituir la cosa hurtuda, fuese en otro juicio simultáneamente seguido con el primero, ante jueces distintos, declarada dueña legítima de la cosa cuyo hurto se le imputaba.

En tesis general, dice Faustín Hélie, la ley se interesa en que la acción civil sea deducida ante la jurisdicción criminal al mismo tiempo que la acción penal. El interés del damnificado y el de la sociedad reclaman esa acumulación. Las pruebas de la lesión y las del delito tienen los mismos elementos; ¿ por qué han de incoarse, entonces, sucesivamente dos procesos distintos ? Además de llevar la acción civil nuevo impulso á la acción pública, hay que tener en cuenta que el delito, y el daño que ha causado, constituyen dos fases distintas de un mismo hecho, con diferentes consecuencias. No hay razón para imponer al tribunal civil, que no tiene los mismos medios de investigación, una tarea que el tribunal del crimen puede llenar con mayor prontitud y eficacia.

Es de desear que las dos acciones á que nos referimos no se separen y que sean simultáneamente intentadas.

Por esto es que, así como el artículo 3.º del Código de Instrucción Criminal francés, y el 4.º del vigente entre nosotros, el Proyecto, siendo consecuente con la doctrina de Hélie, que aceptamos, empieza por sentar el principio general de la iniciación de ambas acciones coetáneamente y ante un mismo juez de lo penal, y sólo por excepción es que permite la opción del interesado á deducirlas separadamente, pero subordinando el éxito final de la acción civil al de la acción penal, si es que ésta se instaura, debiendo suspenderse el trámite de la primera hasta que recaiga sentencia ejecutoriada respecto de la segunda.

Si la acción penal no puede ejercitarse sino por el particular ofendido por el delito, no le será á éste permitido después de entablada la acción civil ante juez competente, promover el juicio penal, porque semejante actitud sería siempre sospechada de venganza, y pudiera atribuirse al probable mal éxito de la gestión civil y al deseo de hacer presión en el ánimo del reo para arrancarle, gracias á la perspectiva del procesamiento penal, alguna concesión, la cesión ó remisión de algún derecho, que, de lo contrario, no fuera afectado por el juicio civil (1). Esta es también la razón del artículo 298; como se ve, es una razón de moralidad.

En ocasión de hacer una réplica respecto de una excepción de incompetencia, decíamos:

(1) Cuando el ofendido opta por la acción civil separada de la penal, á consecuencia de delitos que sólo él puede perseguir, se presume *ipso jure* que hace abandono de la última; conviene entonces la aplicación del principio: *electa una via, non datur recursus ad alteram.* Es razonable que no debe dejarse al arbitrio, ó peor que arbitrio, capricho, de una de las partes, arrastrar al reo de una jurisdicción á otra, ó hacerle responder sobre igual cosa ante dos jurisdicciones distintas.

Que la jurisdicción civil y la criminal que corresponde á un delito ó acto ilícito, se distinguen por su objeto; y así tenemos que la misma denominación de *Juez Civil,* según la jurisprudencia general, conviene ordinariamente al qne conoce de los negocios contenciosos en que sólo se trata de intereses pecuniarios, *sin mezclarse en la persecución y castigo de los delitos;* mientras que la de *Juez Criminal* compete al que sólo tiene por oficio esto último. (Escriche. Diccionario de Legislación, etc.). Salvo, pues, que la ley exprese señaladamente lo contrario, ó que se deduzca lógicamente de ella, como en el caso en que la acción civil y la criminal, provenientes de un delito, se ejercitan *juntas* (artículo 5.º del Cód. de Inst. Crim. de la República Oriental del Uruguay), no puede haber Juez Criminal que entienda en la materia civil, ni Juez Civil con jurisdicción penal.

Que á los efectos civiles, no es indispensable siempre que el Juez Criminal juzgue y declare la existencia del delito.

Lo es, cuando ejercitada la acción penal, se intente la civil (art. 5.º del Cód. de Inst. Crim. de la República O. del Uruguay).

Lo es, cuando pendiente la acción civil, se ejercita la acción pública penal (art. 6.º de ídem).

No lo es, cuando la acción penal no puede ejercitarse sino por la parte ofendida; porque á ésta no le es permitido después de entablada la acción civil ante juez competente, promover el juicio criminal (art. 7.º del Cód. de Inst. Crim. mencionado); y, ¿cómo habría de ser indispensable. si á la vez que la ley supone el caso de entablarse primera y aisladamente la acción civil, hasta prohibe que la acción privada criminal se produzca?

Aplicación: Yo, que he podido iniciar acción penal contra M, no puedo ahora iniciarla habiendo promovido antes la acción civil por la *denuncia calumniosa, ó ligereza, ó imprudencia culpable,* que le imputo. Y, ¿quién no infiere de aquí que es absurdo pretender que el Juez de lo Civil suspenda la tramitación de este asunto y me remita al Juez de lo Penal para que ante éste se instaure el proceso criminal? ¿No es esto á todas luces contrario á la ley?

Fuera del texto de nuestra ley procesal, vienen en apoyo de mi opinión autores como Ortolán, que en sus comentarios al Código de Instrucción Criminal francés, concordante con el nuestro en la materia que discutimos, dice que la legislación de su patria *permite á la parte que se supone perjudicada por un delito, proseguir su acción civil ante la jurisdicción de represión, en unión con la acción pública,* ó EJERCERLA SEPARADAMENTE ANTE LOS TRIBUNALES CIVILES; y agrega que la acción civil *conjunta* de la penal, cae bajo la jurisdicción de represión, siendo el procedimiento civil ante la misma jurisdicción un anejo del proceso penal (1).

(1) «Cuando el interés y la pena se persiguen como consecuencia de un mismo delito, la responsabilidad civil es *accesoria* de la penal, y en tal caso, la mejor economía del juicio, la

Que no es necesaria la acción penal y la consiguiente declaratoria de delito, previa, hecha por los Jueces del Crimen ó de lo Correccional, resulta también de la doctrina sentada en el artículo 1097 del Código Civil argentino, donde se establece que *la acción civil no se juzgará renunciada por no haber los ofendidos durante su vida intentado la acción criminal ó por haber desistido de ella.*

Y que las acciones civiles que nacen de los delitos se *ejercen civilmente*, salvo excepción legal, también nos lo dice Escriche en su notable Diccionario de Legislación y Jurisprudencia, y lo tomaríamos de otros textos, como ser algunas glosas de Vélez Sarsfield.

Es un principio también, tratándose de estas cuestiones, que la jurisdicción civil es competente para apreciar y hacer efectivas las responsabilidades civiles del delito.

La acción civil, concluye F. Hélie, puede, en los términos del artículo 3.º del Código de Instrucción Criminal francés (concordante con los artículos 5.º y 6.º del Cód. de Inst. Crim. de la República O. del Uruguay), ser perseguida al mismo tiempo y delante de los mismos jueces que la acción pública penal. Puede, á más, ser separadamente.

Resulta, añade, de este principio, que la parte ofendida por el delito puede llevar su acción reparatoria, sea delante de la jurisdicción criminal, sea delante de la jurisdicción civil: la ley le confiere la libertad de optar. Esta facultad, sin embargo, está sometida á ciertas reglas, siendo la primera, que la parte ofendida no puede optar por la jurisdicción criminal sino cuando á esta jurisdicción es al mismo tiempo llevada la acción pública (2). En efecto, el artículo 30 del Código de Instrucción Criminal francés, declarando que la acción civil puede ser puesta ante la jurisdicción criminal, dispone que esta querel a debe tener lugar *al mismo tiempo y ante los mismos jueces que la acción pública.* Y se sigue de ello que la jurisdicción criminal *no conoce sino accesoriamente respecto de la acción civil, y que por consiguiente ella no es competente á este fin más que en tanto tiene á la vez á su cargo el conocimiento de la acción principal punitiva.*

La suspensión determinada por el artículo 296 del Proyecto se propone la espera de la sentencia definitiva y última del juicio penal, para que sirva de base á la que haya de dictarse en el juicio civil, aplicándose el aforismo *res judicata pro veritate habetur*, y por cuanto toda sentencia condenatoria en materia penal lleva envuelta la obligación de pagar las costas, costos, daños y perjuicios por parte de los autores, cómplices y encubridores (art. 35 del Cód. Penal).

---

conveniencia de evitar implicancias en cuanto ello sea posible, impulsa el ánimo á decidir que en un mismo juicio y ante la jurisdicción criminal, se sustancie y decida tanto la responsabilidad penal como la civil». (Informe de la Comisión Revisora del Proyecto Cód. de P. Penal del doctor Vásquez Acevedo.—Rep. O. del Uruguay).

(2) Y, según nosotros, también la privada.

Art. 299.—Si al resolverse definitivamente un asunto civil, resultase haber mérito para entablar acción pública penal, los Jueces pasarán los antecedentes á los Fiscales de lo Penal que correspondan, á sus efectos.

Conc.: art. 8.º del Cód. de I. Crim. de la Rep. O. del Uruguay—art. 18 del Cód. de P. Crim. Argentino.

La doctrina que contiene esta disposición es elemental, diremos con el doctor Laudelino Vázquez, que, comentando el artículo 8.º del Código de Instrucción Criminal de la República O. del Uruguay, se expresa con aquellas palabras. Si puede iniciarse un proceso á querella de parte, ¿cómo no hacerlo cuando resulte mérito para ello según la apreciación de los jueces que intervienen en un juicio civil? Si los particulares no pueden, sin incurrir en delito, ser encubridores ó silenciar los hechos delictuosos, con mayor razón no deberán los magistrados, cuando ayudados de sus luces é ilustración en el derecho, vean ante sí la prueba de un hecho semejante. No tendrán jurisdicción para encausar á nadie ni seguir los trámites de la ley penal; pero es cbvio que á la manera de los particulares ó de la policía judiciaria, deben dar noticia circunstanciada al Ministerio Público, despertando su celo para que tome á su cargo la defensa social que el caso le sugiera.

La magistratura no puede encubrir los hechos delictuosos ó que parezcan serlo

Art. 300.—Muerto el acusado sin haber terminado el juicio penal, la acción civil podrá ejercitarse contra sus herederos hasta donde alcancen los bienes hereditarios.

Conc.: art. 9.º del Cód. de I. Crim. de la Rep. O. del Uruguay—art. 25 del Cód. Penal de íd.

Muriendo el presunto autor del hecho incriminado, se extinguen las acciones penales que han debido seguir su persona, y subsisten las responsabilidades civiles que tienen el carácter general de obligaciones comunes: como las reparaciones, las reivindicaciones, las indemnizaciones, que son consecuencias del crimen y constituyen innegables derechos, sólo extinguibles por el abandono, renuncia ó prescripción. Entonces, afirma el doctor Laudelino Vázquez, como no media un proceso criminal, porque aun cuando se haya iniciado durante la vida del delincuente, cesa después de su muerte, sólo quedan las responsabilidades del hecho imputado, que pesando sobre los bienes del causante, necesariamente los siguen después de su muerte, como toda deuda hereditaria, y se han de hacer efectivas como toda obligación civil, contra los herederos del inculpado y ante la judicatura civil.

Art. 301.—La sentencia absolutoria, pasada en autoridad de cosa juzgada, ó el sobreseimiento en la causa penal, extinguirán toda acción civil contra el procesado y sus herederos.

Conc.: art. 10 del Cód. de I. Crim. de la Rep. O. del Uruguay—art. 29 del Proy. de Cód. de P. Penal de Ballesteros (Chile)—art. 6 del Cód. de P. Penal Italiano.

La sentencia emanada de la jurisdicción penal, tiene una influencia soberana sobre la suerte de la acción civil, ha dicho Haus; y esto es evidente, porque mal podrían surgir responsabilidades, ni reclamaciones inherentes, como consecuencia de un acto que la ley reputa delito, cuando él no se ha producido, ó si aun existiendo no es imputable al procesado.

Art. 302.—Ninguna persona podrá ser acusada dos veces por el mismo delito ó la misma falta.

Conc.: art. 12 del Cód. de I. Crim. de la Rep. O. del Uruguay.

¿Puede ser enjuiciada dos ó más veces una persona por un mismo delito? Supongamos que no resulte en el primer proceso probada la culpabilidad del encausado, aunque tampoco quede bien probada su inocencia. ¿Se le habrá de absolver lisa y llanamente?

La jurisprudencia moderna ha resuelto este problema en el sentido de que *siempre que las pruebas de cargo no manifiesten de un modo positivo ser imposible que el procesado sea inocente*, se le debe absolver definitivamente y sin restricción; porque lo que no es *plena prueba*, no es realmente *prueba:* SIC QUOD NON EST PLENA PROBATIO, PLANÈ NULLA EST PROBATIO; y porque todo hombre se halla en posesión de su inocencia, mientras no se demuestre acabadamente que la ha perdido.

Ha sido usual en algunos países y en otras épocas, sin embargo, el sistema de *absolver de la instancia* al procesado, cuando por una parte no se prueba bien su inocencia y por otra se ve que la acusación, aunque no probada, no se ha intentado sin algún fundamento; porque en semejante caso, según se dice, no hay mérito para darle por libre absolutamente ni para condenarle.

Por lo que en otro lugar de este libro hemos disertado sobre la *absolución de la instancia*, vemos que es una absolución imperfecta, una interinidad que abre un campo sin horizontes á nuevas pesquisiciones, suspendiendo y no finalizando el juicio, el cual puede reabrirse ó instaurarse de nuevo si sobrevienen nuevas pruebas, á las que se juntarán las anteriores, reproduciéndolas ó dándolas por reproducidas. Con esto se ha intentado evitar la impunidad de los delitos.

Seguramente que *cuando no hay méritos para condenar al presunto reo*, y quien dice para condenar dijera para acusarle, *los hay para darle por libre*, porque no pudiendo condenarse á nadie sin que las pruebas de sus culpas sean claras como la luz del mediodía: *luce meridiana clariores*, ha de considerarse en estado de inocencia al que no se puede decir absolutamente culpable; y la libertad que se le debe dar en tal caso no puede menos de ser absoluta, incondicional, con los efectos de una sentencia definitiva, con la constancia, perpetuidad y autoridad de cosa juzgada; pues si así no sucediese, serían ilusorias las leyes que fijan los plazos para probar y juzgar; *nunca los pleitos se podrían dar por terminados;* y todo esto sería contrario al orden público, á la necesidad indiscutible de cimentar y hacer durables las buenas relaciones sociales; *se haría*, exclama Escriche, *más ventajosa la posición del acusador que la del acusado*, contra lo establecido por el derecho y la más pura equidad; tendría que temblar siempre el inculpado, no obstante sentirse quizás sin la menor mancha en la conciencia, por el justo temor á una acusación latente sobre su cabeza ó su reputación, jamás satisfecha, siempre sedienta de castigo ó de venganza ó de injusticias.

Según el sistema que reputamos el mejor, podrán quedar impunes algunos delitos, algunos criminales respirarán las auras de la más inmerecida libertad; pero si fuese así, que rara vez acontecerá, sirva ello de compensación al irreparable mal de haber subido al cadalso ó haber vestido la blusa del presidario más de un triste, inocente mártir! Si algún criminal se ha visto envuelto tan sólo en los apuros y sinsabores de un proceso, sin sufrir ninguna condenación, puede que ello le escarmiente é infunda un santo y saludable temor de delinquir.

El principio de que es al acusador á quien cumple la obligación de probar el delito que imputa, conduce, diremos con Lieber, consistentemente al otro principio de que el veredicto, el fallo debe ser absoluto y definitivo: no debe haber, pues, absolución de la instancia. No debe haber un veredicto ó sentencia que diga: «Según resultancias de autos no podemos declararos criminal; pero hay fuertes sospechas contra vos, y podremos someteros á juicio en otra ocasión». Ni debe tampoco permitirse la fórmula «no probado», que admite la jurisprudencia escocesa. «No probado», no deja ciertamente lugar á un segundo juicio, pero quiere decir: «quedáis libre, aunque tenemos contra vos grave sospecha». Aquel principio mismo, agrega el autor citado, conduce además al hecho de que ninguno debe ser juzgado dos veces por la misma falta. *Esto es lógico y necesario para la seguridad del individuo. De otra manera, el gobierno podría estar molestando á una persona hasta arruinarla. Juicios repetidos por cargos que el gobierno sabe muy bien que son infundados, son un medio á que ocurren comúnmente ejecutivos despóticos.* ¡Cuán amarga verdad y exactitud se encierran en estas palabras del gran jurisconsulto!

Non bis in idem; pues.

Art. 303.—No podrán ejercitar la acción penal por sí ó en representación de terceros:

1.º El que no goce de la plenitud de los derechos civiles.
2.º El que hubiere sido condenado dos veces por sentencia ejecutoriada como reo del delito de denuncia ó querella calumniosa.
3.º El Juez, Actuario, Alguacil, los empleados de los Juzgados de lo penal.

Los comprendidos en los números 2.º y 3.º podrán, sin embargo, ejercitar la acción penal por delito ó faltas cometidas contra sus personas ó bienes, contra las personas ó bienes de su cónyuge, de sus ascendientes, descendientes, hermanos consanguíneos, ó uterinos, ó afines, y contra las personas ó bienes de los que estuviesen bajo su guarda legal; pero los del número 3.º lo harán ante otro Juzgado distinto de aquel á que pertenecen.

Conc.: art. 102 de la Ley de Enj. Crim. Española.

Art. 304.—En general, no podrán ser querellantes, es decir, ejercer acción penal ó civil consecuente al delito ó falta, los que no pueden ser denunciantes.

Por los menores de edad, podrán serlo los padres ó tutores; por los incapaces, los respectivos curadores.

Actor es el que por sí inicia *juicio* contra tercera persona.

Para poder ser actor se requiere capacidad para obligarse, porque todo juicio es un *cuasi contrato* por el cual las partes que en él intervienen quedan obligadas recíprocamente. De esto se deduce que los menores de 21 años que están bajo la patria potestad no pueden querellarse con nadie si no es por medio y con la autoridad de sus padres, ó en defecto de éstos de sus tutores; y los locos y dementes, por medio de sus curadores; quienes entablarán acción penal según conviniere, en nombre de sus representados y en defensa de sus intereses, de su vida, de su honor.

La mujer casada necesita venia de su marido para enjuiciar por delito ó falta, salvo que fuese su marido el presunto reo. Pero en todo caso, éste será siempre obligado á proporcionarle los auxilios que necesite para sus acciones como para sus defensas judiciales (artículo 134 del Código Civil de la República O. del Uruguay).

Si el marido es menor de edad, la mujer, además de su venia para querellar necesita la judicial (artículo 138 del Código Civil recién citado).

Si el marido está ausente y no se le espera de pronto, ó hay peligro en la tardanza, ó se niega á conceder la venia á la mujer, puede el Juez, con conocimiento de causa, autorizar á la mujer para deducir sus acciones (artículo 139 del Código Civil recién citado).

El que hubiere sido condenado dos veces por sentencia ejecutoriada como reo de denuncia ó querella columniosa, no podrá ejercitar acción penal alguna ni mucho menos la que sea ajena, porque su malevolencia, su mala fe demostrada en otros casos, hacen presumir que le guían nuevamente á dañar gratuita y dolosamente la reputación ajena valiéndose de los procedimientos que la ley tiene establecidos en amparo de la buena fe y en uso de la verdad.

Hay que guardar la inocencia contra la saña de los calumniadores de oficio.

Los Jueces, Actuarios, Alguaciles y empleados de los Juzgados de lo penal, tampoco pueden ejercer el oficio de acusador, por convenir que no se distraigan del objeto de su institución; por las incompatibilidades é implicancias del ejercicio simultáneo de las funciones propias de su cargo con las del acusador ó defensor; á no ser que se trate de ejercer una acción por causa de delito ó falta contra su persona é intereses, ó de los parientes que se expresan en la última parte del artículo 303; pero entonces no les es dado ejercerla ante el juzgado á que pertenecen sino en otros, porque en el juicio correspondiente debe garantirse la imparcialidad, que de otro modo sería imposible garantirse, siendo sospechado el proceso, cuando menos, de parcialidad, lo que es contrario á justicia.

Art. 305. — Las acciones penales que nacen de delitos ó faltas contra el pudor y moral privada, así como las de estafa sin falsificación, las de lesiones indicadas en la primera parte del artículo 326 del Código Penal, de cualquier manera que se verifiquen, no podrán ser ejercitadas sino por la persona ofendida ó sus representantes legales.

Conc.: art. 280 y otros del Cód. Penal de la Rep. O. del Uruguay—art. 104 de la Ley de Enj. Crim. Española.

El Código Penal de la Repúplica ha reservado á la iniciativa privada el ejercicio de las acciones derivadas de los delitos ó faltas que se enuncian.

Art. 306. — La acción penal por delito ó falta que den lugar á procedimiento de oficio, no se extinguirá por el perdón de la persona ofendida.

Se extinguirá la acción penal privada y la civil por el desistimiento ó el perdón de la parte agraviada.

Conc.: art. 30 del Cód. Penal de la Rep. O. del Uruguay—art. 15 del Cód. de P. Crim. Argentino—art. 8.º del Cód. de P. Penal Italiano—art. 106 de la Ley de Enj. Crim. Española—art. 4.º del Cód. de I. Crim. Francés—art. 47 del Cód. de I. Crim. Salvadoreño.

Art. 307. — La renuncia de la acción penal y civil en este último caso no perjudicará sino al particular renunciante.

Conc.: art. 107 de la Ley de Enj. Crim. Española—art. 48 del Cód. de I. Crim. Salvadoreño.

Art. 308.—El desistimiento de las acciones penales privadas y de las civiles se hará de modo expreso si el reo lo exigiere.

Art. 309. — Si el presunto reo de acción privada penal y civil consecuente, exigiere judicialmente que el agraviado por el delito ó falta, que se jacta, entable acción ó declare que renuncia á ella, los Jueces señalarán á ese efecto un término prudencial dentro del de la prescripción.

Ya hemos establecido que la persona damnificada por delito ó falta que llevan aparejada acción pública, no es parte en el juicio penal correspondiente; y solamente puede tener el pleno ejercicio de la acción civil por restitución, reparación ó indemnización de daños y perjuicios, costas y costos Luego, pues, no siendo parte el particular, en su caso, y respondiendo la acción pública á un interés general irremisible, debe seguirse en nombre de éste, no obstante el perdón del damnificado. Ahora bien: como la acción privada es una emanación de la voluntad del particular agraviado, si no existe tal voluntad de querellar y á su vez se experimenta el deseo de perdonar al culpable; como por otro lado, la sociedad no tiene mayor interés en la persecución del delin-

cuente ó faltador y puede tenerlo en todo lo contrario; entonces el perdón de todas las responsabilidades penales y civiles, ó separadamente de cada una de ellas, debe ser permisible, renunciándose á la iniciación de un juicio ó desistiéndose del iniciado (1). Si el presunto reo lo exigiese, este desistimiento deberá ser expreso, para deslindar su situación y mantener su acostumbrada y plena libertad personal.

Si son varios los actores por razón de un mismo hecho justiciable, la renuncia que hiciere alguno de ellos no afectará el derecho que los demás tengan contra el presunto malhechor.

Ha pasado muchas veces en la práctica que, instruído un sumario por delito y ya en estado de acusación la causa, los Agentes Fiscales y Fiscales del Crimen desistieran de hacer acusación, conceptuando que, atento á las circunstancias ó á la naturaleza del delito, no procedía la intervención del Ministerio Público, sino que la causa se siguiera á querella privada. Y solía acontecer que continuaba después el inculpado entre rejas, aguardando vanamente el fallo de la justicia represiva. El Código de Instrucción Criminal vigente no prevé estos casos, y aun cuando lógicamente lo que procedía era que los jueces pusiesen oficiosamente en tales casos, cuando menos en libertad provisional al procesado, ahí quedaba éste en la cárcel y el expediente en un casillero del Juzgado, sujeto á sufrir parálisis crónica si no era la gestión oportuna del defensor que intercedía ante el Juez á fin de que se sirviera intimar al damnificado por el delito, que, dentro de un término, el más breve posible, se presentase á seguir la instancia, bajo apercibimiento de sobreseer y poner en libertad absoluta al prevenido si no lo hacía.

La *jactancia* del ofendido puede dar margen, como las circunstancias que acabamos de describir, á que el que es tenido como delincuente gestione del Magistrado competente una intimación parecida á la recién expuesta. Convendría que el término de la intimación conciliase el interés que pueda tener el actor en el desarrollo de la acción y la necesidad de poner los medios á su alcance, y el derecho del presunto reo á gozar de su entera libertad y buena fama sin coerciones ni amenazas desdorosas

No puede menos que ser así, porque la ley debe facilitar recursos lícitos á aquellos que quieren vindicarse ante la opinión arrancando la máscara de la calumnia y de la intriga que corroen los lazos sociales y relajan la conciencia pública.

Para que la acción de jactancia en lo criminal tenga lugar, no importa que ésta se efectúe en juicio ó fuera de él.

---

(1) El ejercicio de un derecho jamás puede ser obligatorio; y en este sentido y en orden á principios de alta moral, nadie está obligado á perseguir ante la justicia á los que lo han ofendido: *nemo agere vel accusare cogitur.*

Art. 310.—Siempre que sean dos ó más las personas por quienes se ejerzan las acciones derivadas de un delito ó falta, lo verificarán en un solo proceso, y si fuere posible bajo una misma dirección y representación, á juicio del Juez ó Tribunal que entienda.

Conc.: art. 113 de la Ley de Enj. Crim. Española.

Esta que podríamos llamar acumulación de acciones, está fundada en la unidad de origen de las acciones á que se refiere; todas tienden á demostrar unos mismos hechos y á juzgar las responsabilidades derivadas de los mismos, ante determinado Juez, que tendrá allanado un camino solo y por tanto más fácil de recorrer para la solución del asunto.

Este procedimiento importará para las partes y especialmente para el demandado, una economía de trabajo y de gastos de defensa, desde luego que en cada acto de defensa se podrá dirigir á todos sus acusadores.

Para que se consiga la mayor simplicidad en el proceso y haya constante uniformidad y armonía, sin que sea la gestión de una parte un estorbo á la de las otras, siendo conciliables como por regla general lo serán dichas acciones, deberán estar bajo una misma dirección y representación común.

Con la acumulación de acciones se evita que se pronuncien fallos contradictorios sobre idénticas cuestiones, lo que, desgraciadamente, sucede á menudo ganando en desprestigio la Administración de justicia, como en inconsideración la cosa juzgada.

Art. 311.—La acción penal se extinguirá por la muerte del culpable; pero en este caso, como ya se ha establecido, subsistirá la civil contra sus herederos, *que sólo podrá* ejercitarse ante la jurisdicción y por la vía de lo civil.

La acción penal también se extinguirá por la muerte del damnificado y no pasará á sus herederos si pudiendo ejercerla dentro de los tres meses de producido el delito y uno la falta, no la promovió por causa de impedimento.

(Véase el comentario del art. 300). (1).

(1) « Que se haya ó no iniciado proceso contra el delincuente, cuando ocurre su fallecimiento las cosas quedan en el mismo estado si una sentencia que cause ejecutoria no ha

Art. 312.—La acción civil podrá ejercerse por los herederos del ofendido por el delito ó falta, siempre que éste en vida no la haya cedido, renunciado ó dejado prescribir.

La acción civil proveniente de delito ó falta, es una acción que hasta cierto punto, en lo que tiene de material y aun de moral, podríamos calificar de *reintegro*, porque se dirige á reintegrar la persona ó el caudal del damnificado, que han sufrido lesión y no pueden, en consecuencia, trasmitirse por entero, ó como podría ser á no ser el delito, á los herederos ó causahabientes de aquél, salvo una remisión de su última voluntad (esto último implicaría la renuncia expresa de dicha acción, que el damnificado hiciere), ó la prescripción extintiva de ese derecho.

En contraposición á lo dispuesto en el artículo 197 del Código de Instrucción Criminal vigente, establecemos la posibilidad de ceder las acciones civiles provenientes de delito ó falta. Enajenar ó ceder estas acciones es el uso de un derecho adquirido por ministerio de la ley. Es inexplicable la prohibición, y por cierto, constituye una excepción en la legislación comparada. Vélez Sarsfield afirma que *es cesible toda acción resultante de los derechos de obligación, cualquiera que sea el origen de la obligación, bien provenga de convención,* DELITOS, *ó de cualquiera otra causa.* Escriche también afirma que en general, *pueden cederse las acciones reales, las pèrsonales, las que proceden de* HURTO Ú OTRO DELITO, etc.; y á la par de estos autores, podríamos citar otros de reconocida autoridad, que opinan lo mismo.

Art. 313.—Las acciones penales se prescribirán:

Á los *quince años*, cuando la pena señalada por la ley al delito correspondiente es de *diez y seis* á más años de penitenciaría, ó de muerte.

---

puesto término al juicio . Quedan, pues, vivos y en toda su eficacia las acciones civiles emanadas del delito, y puede, por consiguiente, ser materia de juicio ante la jurisdicción que corresponda, que es la civil, por la naturaleza especial de tales acciones. Este es un principio reconocido desde las leyes romanas, por las Partidas; ratificado por los Códigos más modernos y los últimos trabajos jurídicos».

«Con todo, esas acciones que los perjudicados ó sus herederos tienen por el delito, deben reconocer una limitación en determinados casos en que no caben, puede decirse, sino reparaciones de orden moral, como sucede en las injurias. La ley debe suplir la intención del agraviado cuando durante su vida ha perdonado ú olvidado los ataques personales, no haciendo uso de su derecho para perseguir las reparaciones respectivas.

«En tales circunstancias, la ley no debe dejar que se acuse al autor de tales agravios, á menos que quien los ha recibido hubiera deducido las acciones correspondientes, manifestando de este modo, antes de terminar su existencia, la intención de que se castigue al culpable».—(Laudelino Vázquez).

Á los *diez*, cuando es de *seis* á más años hasta *quince* de penitenciaría.

Á los *cinco*, cuando es de *dos* á más años hasta *seis* de penitenciaría.

Á los *cuatro*, cuando es de inhabilitación ó destierro por más de *cuatro años*, prisión de *uno* á *dos* años ó multa de *quinientos* á *dos mil* pesos.

Á los *tres*, en los casos en que la ley señala inhabilitación, destierro ó prisión por menos tiempo, y multa de *cien* á *quinientos* pesos.

Al *año*, por los demás delitos penados con suspensión.

Las disposiciones precedentes no se aplicarán en los casos en que por el Código Penal se establezcan términos menores para la prescripción de ciertos delitos.

Las aciones penales por faltas se prescribirán á los *dos* meses.

Conc.: arts. 100 y 101 del Cód. Penal de la Rep. O. del Uruguay.

Art. 314.—Las acciones civiles derivadas de delito ó falta se prescribirán en cada caso de los enumerados en el artículo 313, en la mitad del término allí establecido.

Tanto la excepción de prescripción de las acciones civiles, como la que resulte de la prescripción de las acciones penales provenientes de delito ó falta, deberán suplirse de oficio.

Art. 315.—El término de la prescripción comenzará á correr desde el día de la comisión del delito ó falta.

La prescripción se interrumpirá desde que se inicie procedimiento directo contra el culpable, volviendo á correr de nuevo el tiempo de la prescripción desde que se paralice su prosecución por cualquier circunstancia.

Conc.: art. 102 del Cód. Penal de la Rep. O. del Uruguay.

La *prescripción de las acciones* penales, es lo que nuestro Código Penal denomina *prescripción de delito.* La prescripción extintiva es un modo por el cual se extingue el derecho de perseguir á alguien y de someterle á juicio por causa de delito ó falta. Por ella se pierde ó caduca toda acción contra el delincuente mediante el transcurso del tiempo que la ley considera necesario según la naturaleza y gravedad del hecho delictuoso. La ley presume que el que es negligente á punto de no hacer el uso pertinente de una acción penal y de la civil correlativa, dentro de cierto término fatal, la abandona, la renuncia *ipso facto;* y se apoya en el interés público que no puede consentir un estado perdurable de incertidumbre respecto de la vida, del honor y demás derechos individuales del hombre, sujeto posiblemente á una acción de futuro, con profundo detrimento de su tranquilidad, de su fortuna y de la moral misma.

¿Cuál es el objeto de la pena?, discurre un publicista: prevenir delitos, quitando al delincuente la voluntad y el poder de repetirlos. Cuando sin la pena se consiga este fin, la pena será superflua. Y, ¿cómo no pensar que un individuo que por el espacio de diez años, por ejemplo, no ha delinquido otra vez, ha perdido la voluntad de delinquir, se ha regenerado y se avergüenza de su primera culpa?

La esperanza de la impunidad le proporcionaría un motivo para corregirse, en tanto que la perspectiva eterna del castigo le cerraría las vías del arrepentimiento y le abriría las de nuevos atentados. Puede aún, que el destierro, el aislamiento á que voluntariamente se ha lanzado, huyendo de la justicia, sea en efectivo una pena más cruel que la que él creyó deber eludir, ó sea una fuente mayor de amarguras y privaciones que lo que son las cárceles.

El tiempo borra las huellas del delito y las pruebas de la culpabilidad; el recuerdo claro y preciso de los acontecimientos al través de algunos años es casi imposible si no se ha desleído y amortiguado por completo; lo es también reunir todos esos recuerdos. Y no sería justo que á nadie se juzgase valiéndose el juez de una prueba insuficiente, infiel, mucho más, si es, como es corriente, la prueba testimonial la que principalmente ha de servir de base al juicio. En tales casos, todo proceso sería una amenaza en vez de una garantía para la inocencia y el orden.

La consideración, dice Pacheco, de que los efectos del delito se extinguen con el tiempo y de que también por él puede perder el castigo su justicia, y más todavía su utilidad, condujeron á nuestros antepasados á admitir los principios de la teoría de la prescripción, más ó menos desenvuelta después, y con más ó menos perfección seguida y llevada á cabo en los diferentes estados de Europa.

Su idea generadora, prosigue el mismo eminente autor, es equitativa, y lo único que puede pedirse á su aplicación es la sensatez y la pru-

dencia, la consideración contrapesada, diríamos nosotros con más propiedad, el equilibrio de los intereses que en la sociedad se cruzan. Haya el conveniente tacto para fijar los plazos á que se prescriba la acusación ó el castigo de los delitos, y á nadie repugnará que la ley conceda este favor á los más conocidos criminales.

Después de cierto tiempo pierde la ley penal toda su saludable eficacia, quedando sólo y muy aumentado lo que hay en ella de antipático y repugnante á nuestros sentimientos. Aun en el mismo orden moral advertiremos también que la necesidad de la expiación se debilita por lo que hace al poder humano, á medida que transcurre tiempo desde el instante en que es debida. *Parécenos por instinto que así la autoridad como todo lo que nos corresponde es temporal y transitorio, no pudiendo ni aun nuestra justicia pasar de ciertos límites bien cortos y perecederos. Cuando los hombres no castigan pronto, la conciencia humana dice que se reserva para Dios la facultad de castigar. Sólo ante éste podrán no tener lugar las consideraciones del tiempo y la distancia.*

No debe extrañar, pues, que la prescripción se haya tenido en todo tiempo como la institución social más necesaria al orden público, y que rindiéndole un justo homenaje, la hayan llamado los antiguos *patrona generis humani ;* patrona del género humano, y fin de los cuidados y ansiedades: *finis sollicitudinum,* por los servicios que presta manteniendo la paz y la tranquilidad entre los hombres.

La prescripción de las acciones penales y de las civiles provenientes del delito ó falta, es asunto procesal más bien que materia del Código Penal. Por esto es que no obstante figurar en este Código en la República O. del Uruguay, la tratamos en el título de las *acciones,* á que debe pertenecer.

Bien se ve, estudiado el origen filosófico de la prescripción en materia penal, que ésta constituye una excepción de derecho público No depende de un particular, diremos con M. Merlín, someterse ó someter á otro á una pena de que está válidamente liberado. Si los individuos no pueden renunciar expresamente á las disposiciones del derecho público, con menos razón pueden renunciar tácitamente, con su silencio y pasividad. En consecuencia, aquella excepción, como todas las de su índole especial, á más de poder ser propuesta en cualquier estado de una causa y de no poderse renunciar por los inculpados, debe ser suplida de oficio por los jueces, sean sumariantes ó de sentencia, apenas se aperciban de su procedencia en cada caso. Habiendo la ley declarado extinta la acción penal en un lapso de tiempo determinado, tal acción no puede absolutamente, en semejante estado, ser objeto de un acto de persecución regular y útil, precisamente por carecer de objeto legal y aun si se quiere racional.

La acción civil proveniente de un delito ó falta debe seguir por fuerza de las cosas la misma suerte de la acción criminal, de que es

hermana por su mismo origen; porque fingida la inexistencia de un delito á los efectos de la prescripcion, debe necesariamente fingirse á los demás efectos. El crimen existe ó ya no existe á los ojos de la ley; luego, sus consecuencias; no hay efectos sin causa. La responsabilidad civil por causa de delito ó falta supone la responsabilidad penal (artículo 25 del Código Penal de la República Oriental del Uruguay).

Mas, como el interés en que se funda el ejercicio de la acción civil es menor que el otro en que se funda la acción penal, de ahí que el tiempo de la prescripción de ambas acciones sea distinto: menor el de la primera con relación al de la segunda.

Luego, resultará de esto una excepción legal y racional, en lo referente á la indemnización de daños y perjuicios, á la regla establecida por el artículo 35 del Código Penal. Y, por consiguiente, toda sentencia condenatoria en materia criminal llevará envuelta la obligación de pagar por parte de los autores, cómplices y encubridores, los daños y perjuicios no prescritos.

CAPÍTULO II

Del Ministerio Público

El ejercicio de las acciones penales y civiles provenientes de delito ó falta, fué privativo, en un principio, del particular agraviado: *el interés de la sociedad en la represión de los delitos estaba como desapercibido y olvidado,* dice Ortolán. Ese cuidado perteneció después á todo el mundo en un sistema de acusaciones populares, hasta que más tarde se confió á magistrados, que le tenían como un cargo especial; de aquí la magistratura llamada Ministerio Público.

Los atenienses distinguieron los asuntos criminales en *públicos* y *privados.* Todo ateniense podía ser acusador tratándose de asuntos de la primera clase, pues que la República estaba en ellos interesada; y con respecto á los de la segunda, las leyes libraban la querella al agraviado por el delito, declarando privativa de él la acción correspondiente.

En Francia, durante la antigua monarquía, el *fiscal,* el *abogado del rey,* no fueron en su origen más que un *procurador, un defensor de los intereses del monarca,* como lo indica su nombre: un procurador encargado de los actos de procedimiento; un abogado encargado de sostener los derechos del rey en un asunto interesante.

El *procurador general* representaba al rey en los actos de procedimiento; el *abogado general* hacía su defensa y alegato en todos los asuntos y ante cualquiera jurisdicción á que fuesen sometidos.

En tiempo de Felipe el Hermoso experimentó algunas modificaciones esta institución, hasta que llegó á erigirse en *grande magistratura.*

Como al derecho de venganza individual y privada había sucedido el derecho de venganza del rey ó del *señor justiciero*, y los procesos criminales se intitulaban procesos *de la corona* ó procesos *del justiciero* (en el día en Inglaterra *crowa pleas)*, todas las acciones penales pasaron á ser ejercidas por dicho *procurador* y *abogado* (gentes del rey ó del *señor justiciero)*, tanto más, cuanto que la corona estaba interesada en ello, por las multas y confiscaciones.

En Francia, la institución del *Ministerio Público* sintió la influencia de las grandes alteraciones operadas por la Revolución de 1789 y de las diversas leyes que se sucedieron en la organización judicial; fué reconstituída y sentada sobre bases que subsisten en el día, por virtud de la organización imperial de 1808 y 1810. Dividido por la Constituyente, para los negocios criminales: por una parte, en el *acusador público* y por la otra en el *comisario del rey ó del gobierno*, fué unificado después por la Constitución del año VIII, concentrándose ambos cargos en lo que pasó á llamarse únicamente *Ministerio Público.*

El Ministerio Público, sea quien fuere el que lo ejerza y la jurisdicción ante la cual comparezca, representa siempre una sola y misma parte, al soberano, á la sociedad; por tanto, es uno é indivisible como la sociedad, como la nación á que representa, como la república, como en su caso se diría del imperio, del reino. *Las jurisdicciones pueden ser variadas, múltiples los agentes: la parte que pide ó que insta, es siempre la misma,* dice Ortolán. La razón principal de esa unidad se apoya ante todo en las funciones del Ministerio Público, que son funciones de acción, de requerimiento, no de juicio.

En la situación actual de las sociedades, afirma el sabio penalista español don Juan Francisco Pacheco, con nuestros principios, con nuestros recursos, con nuestras instituciones, no es de seguro ningún particular el que debe reclamar el verdadero castigo para los crímenes, pidiendo la imposición de las penas. Ese es el cargo del gobierno, representante activo de la sociedad, que sin pasiones ni ilusión, invocando la expiación y no la venganza, reclamando el ejemplo y no el puro daño, la prevención y no el mero castigo, debe y puede cumplir como una de sus obligaciones, por medio de sus delegados y sustitutos, esa importante prerrogativa.

La institución del Ministerio Público, sobre todo cuando se desenvuelve y actúa en un pueblo libre, en donde no son de temer los abusos opresores del Poder, se halla tan en armonía con esa idea fundamental de que el derecho de castigar, y por consiguiente la acción pública, pertenece á la sociedad (1); da tanta amplitud á la

(1) «El Ministerio Público, como manifestación de la autoridad civil, tiene derecho para ejercer la acción vindicativa social.

«Para cumplir con el objeto de su institución, de asegurar y promover el bien común, no

dirección de los procesos penales bajo la inspiración única del interés social; tanta seguridad por la certidumbre de una vigilancia constante y de un adversario público que no faltará al malhechor, cualquiera que sea; tanta firmeza y puntual actividad al movimiento de la máquina judicial, de la que el Ministerio Público en derecho penal, es, por decirlo así, el *motor;* en fin, hace desaparecer tantos vicios inherentes al sistema del procedimiento penal que abandona únicamente á la parte ofendida el ejercicio de la acción punitiva, ó la franquea á todos los ciudadanos; que está destinada á ocupar un lugar, en todos los pueblos, en la organización judicial moderna. Hasta en Inglaterra, afirma Ortolán, donde el imperio de los precedentes tiene tanta influencia y en donde el instinto nacional es susceptible hasta el más alto grado en lo concerniente á garantías en los procesos penales, jurisconsultos, y hombres de estado eminentes, entre los cuales se ha colocado lord Brougham, promueven el establecimiento de semejante institución.

Al lado de tanta bondad, que hace la importancia y da el prestigio á la organización del Ministerio Público, preconizada en Inglaterra por Brougham y por Bentham, se alzan algunos inconvenientes. Exagerándose el alcance y poder que tiene, se ha destruído la igualdad ante la justicia, del acusador y del acusado, *que es el alma del sistema acusatorio.* En vez de tener á su presencia dos litigantes iguales en sus prerrogativas, en Francia y en la mayor parte de los países europeos, el juez tiene á un costado la parte acusada y á otro una magistratura imponente, que marcha paralelamente, á la que la parte acusada, sus defensores y el público deben respeto, y cuyo rango y palabra están llenos de autoridad. Ante esa magistratura, la mayoría de las veces el procesado ó el acusado es en realidad muy pequeño. Los agentes del Ministerio Público toman allí una participación principal y directa en todos los estados del proceso, desde el informativo, donde ejercen una preponderancia irresistible ó poco menos sobre los funcionarios judiciales y administrativos que preparan y reunen los antecedentes y comprobaciones del delito, porque tienen la facultad de detener y arrestar á los presuntos agentes.

Es evidente, pues, que el procesado cae en situación desventajosa

---

puede negarse á la autoridad el uso de los medios necesarios al par que honestos; y de tal condición es la vindicta pública.

« El Poder penal se funda en una necesidad del bien común, el cual es el fin de la sociedad, y de la autoridad. Esto no quiere decir que la vindicta no tenga otra razón de ser que la utilidad, de suerte que para castigar una acción sólo se considere el perjuicio que causa. Nó: el objeto de la vindicta es la restauración del orden moral ó jurídico violado por las acciones prohibidas; éstas se castigan porque son culpables y hasta donde llega la culpa: es por lo tanto esencial á la pena el carácter vindicativo. Empero, para disponer un castigo, se requiere derecho; y el fundamento de este derecho de la autoridad no es sino la necesidad del bien común, que á la autoridad le toca asegurar y promover ».—(Mons. Rafael Fernández Concha).

respecto de la de su acusador. Allí es preciso que la ley ponga su correctivo, asegurando con discretas disposiciones en los actos del procedimiento y los debates, *la igualdad de derecho para el ataque y para la defensa*, haciendo inclinar, por una razón de humanidad, el favor de la justicia del lado del reo *en cuanto á los derechos que no pueden compartirse igualmente.* En el foro debe hermanarse el respeto al magistrado con la independencia y dignidad personal del adversario.

El Ministerio Público *debe ser el primero en proclamar lo que se debe al derecho de defensa, haciendo que su magistratura proteja el ejercicio de ese derecho* en vez de coartarlo.

En Italia, el instituto del Ministerio Público es una de las cuestiones más interesantes, dice Manduca (F). Esta institución ha sido objeto, *ora de inmensa envidia, ora de indomable amor.* Enemigos fierísimos le han inferido los mayores ultrajes, exclama La Francesca.

Entre los más ardientes defensores del Ministerio Público en Italia, débense mencionar los dos autores recién citados. El primero sostiene que la prescindencia de esta institución en el desarrollo de los juicios penales, es una teoría condenada por la historia del derecho, por la ciencia, por la moderna sociología y por la legislación comparada. La abolición del Ministerio Público en lo penal sería, para dicho autor, una *aspiración absurda y nihilista ; una ilusión soberbia*, según arguye H. Spencer ; sería el producto de *la necesidad de hacer algo*, que hace cometer tanta tontería á los hombres y á las naciones El segundo increpa á los abolicionistas que no saben sustituir al Ministerio Público, que son *iguales á los locos, tienen fuerza para destruir y son impotentes para edificar.*

Otros abolicionistas radicales, agrega Manduca, haciendo caso omiso del proceso histórico de la humanidad, no cuidándose del desenvolvimiento histórico, nacional y social de la institución, olvidando que hoy todas las naciones acogen amigablemente al Ministerio Público, fingiendo ignorar su evolución científica y haber sido defendido por la mayor parte de los publicistas, como basado en la naturaleza del Estado ; negando el principio de que cuando una institución contradice las costumbres y no es espontánea expresión de la vida, por artificio ó violencia que emplee, no prospera ni madura ; blasfemando de la justicia, como los anarquistas de París, que en sus orgías gritaban embriagados : ¡ abajo toda forma de gobierno ! y furiosos cantaban himnos á la delincuencia ; *quieren la desaparición de la majestuosa figura del Ministerio Público, fuerza pura y exenta de toda pasión, llena de alta moralidad, de continuo atenta, con viva y animosa vigilancia á la tutela de las leyes y común libertad ; respetada por el tiempo y las revoluciones que causaron la ruina de tantas leyes y de tantas órdenes y no la conmovieron, y que en el gran movimiento de libertad que hoy fatiga los pueblos se mantuvo derecha y firme.*

El establecimiento del Ministerio Público data desde tiempos antiguos. En todo estado, con un nombre ó con otro, con funciones públicas ó por simple derecho de ciudadanía, ha habido casi siempre, para reprimir la delincuencia, quien promoviese la acción de la justicia. *En la evolución histórica del derecho,* dice Carrara, *aparece siempre la austera figura del intrépido y egregio representante de la ley.*

Por el derecho ático, un *ciudadano* sostenía la acusación.

Todo ciudadano romano tenía el derecho de presentar la acusación; pero cuando Roma se hizo la madriguera de infames delatores que, causando la ruina de íntegros ciudadanos, adquirían, dice textualmente Manduca, honores y riquezas; cuando el romano se adormeció en una indolencia egoísta y cesó de consagrarse á las acusaciones públicas, la sociedad tuvo necesidad de un medio para defenderse, y de aquí nace el procedimiento de oficio, que comprende el primer germen del Ministerio Público en la dominadora Roma, representando la más alta conciencia del derecho; toma luego mayor incremento con la creación de los *curiosi* y *stazionarii* en el IV siglo cristiano, con la misión judicial dada á los Obispos por el Emperador Justino en el siglo VI, y en los *auctores fisci* y en los *saions.* La Roma imperial tuvo los *procuratores Cæsaris.* El procedimiento de oficio, dice Ayraul, nacido en la jurisprudencia romana, conteniendo el elemento generador del Ministerio Público, se encuentra de nuevo en las jurisdicciones ejercidas por los *condes* y *justicias señoriales.*

El Ministerio Público, leemos en Ortolán y Ledeau, aparecido en el siglo III en Francia, con el procedimiento de oficio, adquiere su desarrollo en el XIV, XV y XVI; llega á mucho mayor en 1670 y por la ley de *Pluvioso,* año IX, votada por la Asamblea Constituyente.

En medio de la fiebre reformadora de la Revolución permanece inalterable, está *seguro sobre bases graníticas, y adquiere la garantía de la inamovilidad.*

Siguen los grandes y agitados cambios de la política francesa hasta la actualidad, y la gran figura del Ministerio Público se mantiene firme y serena, engrandecida por Julio Simón y Gambetta, que le dieron independencia absoluta del Poder Ejecutivo; nadie, ni el *comunista,* se atreve á poner en duda su legitimidad, su necesidad.

Los *Abogados del Común,* en Venecia, eran verdaderos representantes de la República en el ejercicio de las acciones penales.

En el nuevo Código de Procedimiento Penal germánico es considerado el Ministerio Público como la encarnación de la justicia, según A. Geyer.

El Imperio Austro-Húngaro contiene entre sus más preciosas instituciones la del Ministerio Público.

Está confiada á él, en Bélgica, la tutela jurídica del Estado.

Inglaterra, hallamos en Mittermaier, á pesar de su famoso adagio:

nolumus leges Angliæ mutari, cuenta incorporado á su legislación, por ley de 1.º de Enero de 1880, el Ministerio Público, viéndose así realizada una de las aspiraciones de los insignes publicistas Brougham, Bentham, Campbell, Fhilimore, Donnan, Cookbur. La institución del Ministerio Público fué defendida por la reina Victoria en el discurso de 5 de Enero de 1875.

En ambas Américas, España, Suiza, Suecia é Irlanda, que *viven la vida del derecho*, según la gráfica palabra de Manduca, el Ministerio Público, incorporado á sus leyes, merece el aplauso de los más doctos hombres de Estado.

En España existe, con la denominación de Ministerio Fiscal, desde los tiempos de don Juan II.

Es universalmente favorable la opinión que se tiene de él, sin embargo de ser atacado muchas veces, al extremo de considerársele, en Italia por ejemplo, por algunos hombres públicos, *esclavo del gobierno, ciego instrumento de agentes inferiores del mismo gobierno.*

Llenaba de tristeza al Ministro Guardasellos Pessina, el que se pintase al Ministerio Público como enemigo del pueblo. *Sí, señores*, decía en uno de sus discursos, *antes de tener el honor de alcanzar el cargo que ocupo, he combatido, he luchado con los representantes del Ministerio Fiscal, y aun luchando con el individuo que me parecía no ejercía bien las funciones que le estaban encomendadas, no he menospreciado nunca la institución. Acres, tal vez, fueron mis censuras, porque creía se alejaban esos funcionarios de la idea* SANTA DEL MINISTERIO PÚBLICO, PERO EL MINISTERIO PÚBLICO ES EL PALADÍN DE LA JUSTICIA Y DE LA LIBERTAD.

Se ha dicho, con razón, que no hay que confundir los hombres con las instituciones que representan. Sería antipatriótico y liberticida clamar por la monarquía y reputarla mejor sistema que las formas de gobierno republicano, porque haya habido tiranos que han hecho de la Constitución liberal de una República una burla sangrienta.

Portalis, elogiando al Ministerio Público, decía una vez *que esta bella institución ha preservado á nuestros modernos gobiernos de delatores que fueron el azote de la familia y del Estado bajo los Emperadores de la antigua Roma; esta institución, que en todos los puntos de un vasto imperio da un órgano á la ley, un regulador á la jurisprudencia, un consolador apoyo á la debilidad, un acusador terrible al malvado, una salvaguardia á los intereses particulares y en fin, una especie de representante al cuerpo entero de la sociedad.*

Es una verdad fundamental de la filosofía del derecho que el gobierno debe asegurar á cada ciudadano el libre ejercicio de su propia personalidad, dentro de los límites de la justicia, y remover los obstáculos, procurando así que no se turben las condiciones normales del organismo social.

Por esto, el Estado es el órgano legítimo llamado á ejercer el Ministerio social de la justicia represiva.

Sentados los grandes principios del derecho público: deber del poder social de realizar la justicia, derecho del Estado á castigar para el cumplimiento de su misión, completa independencia de la autoridad judicial de la legislativa y ejecutiva, la existencia del Ministerio Público es legítima y necesaria.

El Estado, insiste Manduca, ente colectivo y abstracto, no puede ejercer el derecho de coacción: el Ministerio Fiscal, en nombre de la sociedad, ejerce la acción para reafirmar el derecho violado y obtener la coexistencia de los derechos de los asociados y el mantenimiento de la vida social.

El Ministerio Público, concluiremos con Cesarini, representa la unidad de dos momentos contradictorios; es la personificación viva de la accion penal y órgano especial del poder del Estado; asume el papel y los atributos de *parte* en el drama del juicio; por su razón eficiente y por la norma directiva de su actividad persecutoria, es impersonal, y por lo tanto, imparcial como el derecho. Y al cumplir el doble fin del Estado de proveer á la investigación de los delitos y á la persecución legal de los delincuentes, cumple una misión eminentemente social, con el sólo y exclusivo propósito de la recta é imparcial administración de justicia.

Art. 316.—Desempeñarán el Ministerio Público en materia penal, los *Fiscales de lo Penal*, interviniendo en la sustanciación de los sumarios y juicios por delitos y faltas de orden público, como partes legítimas, en representación de la sociedad.

Art. 317.—Ejercerán el Ministerio Público en las secciones de campaña, excepto en la correspondiente á la cabeza de cada Departamento, tratándose de faltas públicas, el Presidente de la *Comisión Auxiliar* (de la Junta E. Administrativa) más inmediata al Juzgado de Paz donde el proceso respectivo se inicie.

Como se ve, ejercerá el Ministerio Público, tratándose de delitos y faltas de orden público, una clase de funcionarios denominados Fiscales de lo Penal, que intervendrán en la sustanciación de los sumarios y juicios respectivos, como partes legítimas, en representación de la sociedad.

La división de funcionarios de tal clase, entre Fiscales y Agentes Fiscales, nunca ha debido existir entre nosotros, ni mucho menos puede caber dada la amplitud de la jurisdicción departamental que crea el Proyecto.

La palabra *agente* expresa una relación de *dependencia* incompatible con la calidad de representante de la sociedad ó de un funcionario público con atribuciones propias, llamado por ministerio de la ley á dilucidar las cuestiones de su cometido, á defender los intereses que le están encomendados, como sus convicciones se lo dicten, estableciendo las conclusiones que crea arregladas á derecho.

Por el Proyecto, la jurisdicción de los Fiscales en los Departamentos de campaña es igual á la de los del Departamento de Montevideo, y resultaría por esto lógicamente más absurdo que se considerase á los primeros en una categoría inferior á la de los segundos; por el contrario, siempre hay una razón de más y de general conveniencia para que se prestigie igualmente en todo lugar de la República á esos magistrados, que ya de por sí tienen el prestigio de su elevada investidura.

Los juicios por faltas públicas son y deben ser de breve trámite y de poco costo. Esto sería imposible si los Jueces de Paz de campaña que entienden en ellos, tuvieran que oir á los Fiscales de lo Penal Departamentales, que han de residir en la cabeza del Departamento. Como en los Departamentos hay generalmente dos ó más Comisiones Auxiliares de las Juntas Económico-Administrativas, que tienen por encargo constitucional velar por el bienestar de la localidad ó vecindad, no es por esto incompatible, y sí necesario, que se invista de las facultades del Ministerio Público en casos excepcionales de carácter leve, al Presidente de esas Corporaciones, que se encontrará en condiciones adecuadas de proximidad al lugar del juicio.

Reputamos *faltas de orden público* las faltas *contra el orden público* (Sec. segunda, tít. único, libro III del Código Penal), las faltas *contra la moral y las buenas costumbres* (Sec. tercera, tít. único, libro III del Código Penal), las faltas *contra la salubridad pública* (Sec. cuarta, tít. único, libro III del Código Penal), las faltas *contra la seguridad personal* (Sec. quinta, tít. único, libro III del Código Penal) y los casos del artículo 414 del Código citado, con excepción de los que se refieren á particulares, y los casos del artículo 415 del mismo Código.

Art. 318.—Los Fiscales de lo Penal serán nombrados por el Tribunal de Justicia en Sala Plena, quien podrá destituirlos ó suspenderlos por justa causa. Durarán en el cargo mientras se comporten bien.

Por sus fines y conexiones con la Administración de Justicia, los Fiscales de lo Penal, como los Jueces, deben ser independientes del Poder Ejecutivo. La Magistratura en general, para ser realmente libre, no ha de depender del Poder Ejecutivo en el nombramiento, promoción y traslación de sus miembros, y si fuere posible, lo mismo que el Cuerpo Legislativo, sus emolumentos debieran proveerse y pagarse con separación de los del resto de la Administración pública. Un Poder que tiene el deber de garantir á los ciudadanos y demás personas capaces de derechos, contra la ilegalidad y los avances abusivos del Poder Ejecutivo, ha de ser necesariamente independiente, autónomo, pues de otro modo, sería un contrasentido su establecimiento.

Podemos afirmar con nuestros Constituyentes, que, si nuestros magistrados tienen en el ejercicio del Poder Judicial la más absoluta independencia de los otros Poderes, y especialmente del Ejecutivo, *ello sólo bastará para asegurar que no serán los hombres quienes nos juzguen, sino las leyes.* Y si en esto como en la total organización del sistema judiciario nacional, conseguimos la perfección, *no quedará nada que desear para ver afianzada la libertad.*

Concordamos con célebres publicistas, sobre que los dos sistemas radicales y opuestos de elección de magistrados: la elección popular y la elección del Príncipe (ó Ejecutivo); los intermedios y templados: la elección de los abogados y jurisconsultos; y el mixto: la elección del elemento judicial y del elemento concejil, representado por las municipalidades, ó el nombramiento gubernativo limitado por las propuestas de los tribunales; no llenan las exigencias de la ciencia y no dan el estímulo á que es acreedor el mérito.

La elección de los magistrados, de los Fiscales de lo Penal, *debe ser hecha por el voto del Cuerpo Judicial que da mayor seguridad de acierto,* que sería, según el sistema que adopta el Proyecto, el Tribunal Superior de Justicia en Sala Plena. Los nombramientos deberán hacerse teniendo en cuenta el mérito y la antigüedad, la virtud y el talento ilustrado en el derecho.

El Ministerio Público, como que es un elemento integrante del mecanismo ó del organismo judiciario, debe gozar las mismas prerrogativas de la judicatura. El *hombre-funcionario* tiene que gozar garantías tanto en el orden económico como en el orden moral. En el primero, la falta de garantías implica pérdida de la producción; en el segundo, implica postración de fuerzas, debilidad.

La inamovilidad, el derecho á conservar el puesto mientras haya fidelidad en el cumplimiento de los deberes del cargo, es una garantía estimulante reconocida en el mundo científico y establecida en las constituciones de los países democráticos más avanzados. Ella, haciendo depender de la conducta del magistrado su propia conservación, le reanima en la consecución del objeto de su establecimiento, y consolida su independencia, haciéndole al mismo tiempo árbitro de su porvenir.

Art. 319.—La jurisdicción de los Fiscales de lo Penal será departamental, á no ser en los casos de apelación ú otro recurso.

Mientras no se cree más que un Fiscal de lo Penal para cada Departamento, su competencia jurisdiccional será departamental, es decir, abarcará los asuntos que tengan su origen en el Departamento á que pertenezcan; salvo el caso en que deban conocer por apelación, como les sucedería á los de Montevideo si subieran de los demás Departamentos algunos procesos fallados en primera, ó en primera y segunda instancia, para ser fallados en tercera, merced á los recursos legales deducidos.

Art. 320. — Los Fiscales de lo Penal residirán en las capitales de los Departamentos, y no serán trasladados de un Departamento á otro, ni promovidos sin su expreso consentimiento.

En las cabezas ó *capitales* de los Departamentos, en donde residen las autoridades superiores en el Gobierno Departamental, allí residirán los Jueces de lo Correccional y Penitenciario y de lo Correccional-Penitenciario. Siendo el ejercicio del Ministerio Público una cooperación en la Administración de Justicia, es más adecuado que los Fiscales residan cerca ó en el lugar de aquellos Juzgados, que no lejos ó en secciones apartadas.

Art. 321.—Las condiciones que se requieren para ser Juez Letrado de lo Penal, se requerirán para ser Fiscal. Las incompatibilidades, las causas de responsabilidad, la manera de hacerlas efectivas y las penas consiguientes, establecidas con relación á los Jueces Letrados de lo Penal, serán del todo aplicables á los Fiscales, que además estarán sujetos á la disciplina judicial. Todo sin perjuicio de lo que dispongan leyes especiales.

Conc.: arts. 375 y 379 del Cód. de Inst. Crim. de la Rep. O. del Uruguay.

Hay conveniencia en que los Fiscales de lo Penal reunan las condiciones constitucionales y legales que se requieren para ser Juez Le-

trado de lo Penal. Unos y otros deben igualarse en ciencia, seriedad y probidad para abordar dignamente, con el suficiente conocimiento de las leyes, con ilustración, experiencia é imparcialidad, la difícil y grave misión que les está encomendada para el bien general.

Tanto el Juez como el Fiscal, deben ser igualmente apreciados y considerados dentro de una misma jurisdicción; lo que no sería posible si fueran netamente desiguales sus aptitudes y demás calidades precisas para el cargo.

Art. 322.—Serán tambien sujetos á juicio de responsabilidad los Fiscales de lo Penal, en los siguientes casos:

1.° Cuando no deduzcan las acciones públicas que incumban á su Ministerio, en los casos en que dichas acciones procedan y existan los medios probables de justificarlas, teniendo conocimiento de los hechos que constituyen el delito ó la falta.

2.° Cuando habiendo mérito bastante para proseguir la causa, desistan ó descuiden maliciosamente su prosecución.

3.° Cuando no apelen de las sentencias absolutorias en los casos en que en su concepto han merecido los procesados pena de penitenciaría.

4.° Cuando evidentemente conste de autos la inculpabilidad de los procesados y la malicia y temeridad de la acusación.

Conc.: art. 376 del Cód. de Inst. Crim. de la Rep. O. del Uruguay.

Art. 323.—En todos los casos del artículo arterior podrá el Tribunal que de la causa conozca por apelación ó consulta, imponer, según el mérito de la falta, la corrección que corresponda, ó mandar se inicie el juicio de responsabilidad pertinente, de acuerdo con lo dispuesto en la Parte III del Código de Procedimiento Civil, en cuanto fuere aplicable.

Conc.: art. 377 del Cód. de Inst. Crim. de la Rep. O. del Uruguay.

Todos los casos de responsabilidad son tan sólo propios de los Fiscales que manifiestamente son omisos en el cumplimiento de su deber de acusar, ó que han cometido maliciosa y temerariamente el abuso de acusar á alguien que evidentemente era inculpable.

Todas esas faltas y esos actos ilícitos deben ser penados; no es posible la libertad, ninguna garantía en pro de los derechos del hombre y de la sociedad en que vive, si los Poderes públicos ó aquellos funcionarios que los ejercen no están sujetos á responsabilidad que los contenga dentro de la ley y no les permita apartarse de ella. Á este respecto no hay pueblo libre que no haya sido explícito y no haya impreso en su Constitución de Estado el sello de la más severa responsabilidad de los gobernantes, que ya no gobiernan por sí sino en nombre de la soberanía popular y de Dios en último término, á quien deben estrecha cuenta de sus actos, pues que de Dios arranca el principio de autoridad que los pueblos ponen en manos de sus mandatarios (1). *Presente está Dios en la reunión ó tribunal de los jueces para juzgarles*, dice el salmista (Salmo LXXXI, v., 1.º). Y está escrito en el libro de la Sabiduría (Capítulo VI, v. 3 y 4) este hermoso precepto: *Dad oídos á mis palabras vosotros* (oh, jueces todos de esta tierra) *que tenéis el gobierno de los pueblos; porque la potestad os la ha dado el Señor: del Altísimo tenéis esa fuerza ó habéis recibido vuestra soberanía: el cual examinará vuestras obras y escudriñará hasta los pensamientos.*

El v. 5.º, Cap. VI, del mismo libro de las Sagradas Escrituras, llama á los reyes (soberanos) y jueces: *Ministros del reino universal del Altísimo.*

Allí donde la responsabilidad gubernamental se hace más real y efectiva, la libertad del ciudadano, sus sagrados derechos, gozan del más amplio desenvolvimiento; al punto que bien pudiéramos tener por axiomático que en materia institucional, *libertad es sinónimo de responsabilidad.* Así lo han considerado nuestros Constituyentes, que después de sentar las bases fundamentales de la organización judiciaria de la República Oriental del Uruguay, establecen en el artículo 116 de la Constitución, que *todos los jueces son responsables ante la ley*

---

(1) «La autoridad es elemento constitutivo de la sociedad; forma parte de su naturaleza: ella, en verdad, para alcanzar el fin por cuya razón existe, tiene que unir y concertar la actividad de sus miembros en orden al bien común. y para esto necesita estar dotada de un poder superior á la voluntad de los particulares, y capaz de obligarlos á obrar de la manera conveniente. Siendo así, la autoridad es concreada con la sociedad y procede de la misma fuente que ésta, pues quien da el ser, necesariamente le da, junto con la existencia, la naturaleza que le corresponde, ó sea, el conjunto de medios intrínsecos y necesarios para que realice el fin que le es propio. Así como el orden de la naturaleza racional quiere que los hombres vivan y se desenvuelvan en sociedad, así como esto quiere y por lo mismo que esto quiere, quiere también, como medio consiguiente de absoluta necesidad, que haya en la sociedad un poder que ordene á su fin las relaciones de sus miembros.

« La autoridad es, pues, de derecho natural; y por que éste es obra de Dios, Creador y Supremo Regulador de la Naturaleza, se dice con razón que la autoridad viene de Él ». -- (Mons. Rafael Fernández Concha).

de la más pequeña agresión contra los derechos de los ciudadanos, así como por separarse del orden de proceder que ella establezca.

Se ha de poner especial cuidado por que los encargados de *juzgar las infracciones de la Constitución, y los abusos de autoridad, de reprimir al poderoso por la aplicación de la ley y desagraviar al miserable,* según dijeron nuestros Constituyentes, sean un ejemplo permanente de las mayores virtudes, posean á la vez que talento ilustrado por el derecho, una voluntad que quiera la justicia.

CAPÍTULO III

Acusación

Artículo 324.—Terminado el sumario ó agotados los medios posibles de llevar más adelante las averiguaciones á que se refiera, cuando no resulte mérito suficiente para proseguir la causa, el Juez á quien el sumario haya subido para llenarse el plenario, de oficio ó á petición de parte y previa vista del querellante particular ó del Ministerio Público, en su caso, declarará que no procede pasar al estado de acusación, ordenando en consecuencia que los prevenidos sean puestos en libertad absoluta si estuviesen presos ó detenidos.

Conc.: art. 198 del Cód. de I. Crim. de la Rep. O. del Uruguay—art. 422 del Proy. de Cód. de P. Penal de Ballesteros (Chile).

Art. 325.—No corresponderá pasar al estado de acusación:

1.° Cuando no esté bastante comprobado el cuerpo del delito ó falta.

2.° Cuando del sumario sólo resulten vagos indicios contra el procesado y no se presenten medios de adelantar las investigaciones.

Conc.: art. 199 del Cód. de I. Crim. de la Rep. O. del Uruguay.

Art. 326.—El auto que declare no proceder pasar al estado de acusación la causa será apelable en relación.

Conc. : art. 200 del Cód. de I. Crim. de la Rep. O. del Uruguay.

Art. 327.—En cualquier estado de la causa en que no resulte clara y evidentemente la existencia de un delito ó falta y la culpabilidad del procesado, se sobreseerá en ella, poniéndose al detenido en libertad absoluta.

Este auto será apelable en la forma indicada en el artículo anterior.

Conc.: art. 201 del Cód. de I. Crim. de la Rep. O. del Uruguay—arts. 417, 426 y 427 del Proy. de Cód. de P. Penal de Ballesteros (Chile) — art. 128 del Cód. de P. Penal de Holanda —arts. 1.º y 632 del Cód. Jud. de Colombia.

Para que legítimamente se procese á determinada, persona dos condiciones son indispensables: 1.ª, que exista delito ó falta; 2.ª, que pese sobre el inculpado una semiplena prueba de su responsabilidad.

Si no existe ningún presunto agente de delito ó faltas; si no existe ni siquiera una base para la iniciación del sumario, como lo sería la semiplena prueba de una transgresión penal; si aun en el supuesto de haber habido una aparente semiplena prueba de delincuencia sobre algún individuo que ha sido preso, ó procesado simplemente, ha sido destruída por otra prueba; si, en fin, desaparece el interés de proseguir la causa, porque se han agotado los medios posibles de la averiguación del delito, de sus autores, cómplices ó encubridores; sería innocuo y superfluo continuar indefinidamente el trámite, y atentatorio mantener un estado de prevención.

Hay interés público en que éste cese, que en medio de tales circunstancias se sobresea, declarándose que no hay lugar á pasarse á estado de acusación el asunto; y por esto mismo es que corresponde que los jueces oficiosamente deban hacerlo.

Y deban hacerlo también á petición de parte y previa vista del Ministerio Público si la causa se sigue de oficio, y del querellante particular si la acción es privada.

Del auto del sobreseimiento total ó parcial, total si se refiere á toda la causu y parcial si se refiere sólo á los prevenidos (1), ya sea á uno ó á varios ó á todos ellos, la parte querellante podrá apelar en relación para ante el Superior inmediato, debiéndose estar á lo que en última instancia del incidente se resuelva.

Los artículos 325 y 327 corresponden á lo que en ciertos códigos, como ser el de Procedimiento Crim. Argentino y el de Enjuiciamiento Criminal de España, se denomina, respectivamente, sobreseimiento *provisional* y sobreseimiento *definitivo*.

(1) Algunos códigos de procedimiento penal, como el argentino, llaman total al sobreseimiento que se decreta para todos los procesados, y parcial al que se limita á alguno ó algunos de ellos.

El primero, deja el juicio abierto hasta la aparición de nuevos datos ó comprobantes, salvo el caso de prescripción; el segundo, es irrevocable, dejando cerrado el juicio definitivamente y en absoluto, si se refiere á la causa y sólo respecto de los procesados si únicamente se refiere á éstos.

En caso de sobreseimiento definitivo, debiera hacerse la declaración de que la formación del sumario no perjudica el buen nombre y honor de los prevenidos

Decretado el sobreseimiento definitivo total, se mandará que se archiven los autos y las piezas de convicción que no tuvieren dueño conocido, después de ejecutadas las demás providencias pendientes.

Art. 328.—Cuando el Ministerio Público no encuentre mérito para entablar acusación formal después de concluso el sumario, el Juez de la causa absolverá al procesado y lo mandará poner en libertad absoluta; pasará el proceso al Superior Tribunal Pleno, para que instruído de los hechos, si no aprueba el proceder del encargado del Ministerio Público, pronuncie contra él auto de censura, ó mande hacer efectivas las responsabilidades en que haya incurrido.

Puede el Ministerio Público no encontrar mérito para acusar formalmente al procesado, después de concluído el sumario respectivo, y en este caso deberá manifestarlo al Juez, quien absolverá al reo y decretará su absoluta libertad, si la tuviere trabada en algún modo por razón del proceso, y deberá, además, elevar este último al Tribunal Superior Pleno, para que en conocimiento de los antecedentes vea si el Fiscal ha obrado maliciosamente desistiendo de la acción instaurada y mande hacer efectiva su responsabilidad. Este temperamento deberá seguirse también respecto de cualquiera otra especie de agente del Ministerio Público, como los Presidentes de las Comisiones Auxiliares de las Juntas Económico-Administrativas, en su caso. Á estos efectos, la malicia del Fiscal desistente debe ser evidente y clara como la luz; de otro modo sería nula la libertad de criterio con que ha de ajustar á la ley sus procederes.

Se ha dicho que la Magistratura en lo penal tiene la misión y el deber de castigar los delitos y que si los que en definitiva están encargados de hacer justicia no pudieran ultrapasar el límite de la corrección ó no se opusieran á la absolución pedida por el Ministerio Público, no se llenaría el objeto de la justicia penal, *convirtiéndose á los Fiscales en árbitros supremos, que lo mismo pueden ejercer la severi-*

dad de su ministerio que consentir la impunidad de los delincuentes.

Pero á estos argumentos dirigidos á objetar la doctrina que sirve de fundamento al artículo que comentamos, cabe contestar:

Que no es exacto que exclusivamente los Jueces tengan la facultad de administrar justicia en lo penal. Los Jueces y los agentes del Ministerio Público son cooperantes.

Si los Jueces pudieran ultrapasar los límites de la acusación, ¿qué objeto tendría el Ministerio Público?

Corresponde á la naturaleza de una y otra magistratura: á la segunda, requerir en nombre de la sociedad que representa, la aplicación de tal ó cual pena, ó de cierta medida de alguna pena; y á la primera satisfacer completamente el pedido de la parte interesada, ó reducir sus efectos á una expresión menor ó no hacer lugar á él absolviendo al procesado por los méritos del proceso. Realmente, la ingerencia del Juez debe ser reguladora.

En materia civil es un axioma que los Jueces no pueden hacer liberalidad á ninguna de las partes condenando á la otra á mayores prestaciones que las reclamadas por su contrario. Tratándose de una obligación de dar, por ejemplo, cuya importancia se fija de antemano por el actor, vamos á suponer en *mil* pesos, sería abusivo que el Juez condenase *(ultra petita)* al demandado á dar *dos mil* pesos. El Juez debe decidir entre dos ó más intereses que se discuten y se chocan, pero de ningún modo puede tener la facultad de aumentar ninguno de ellos oficiosamente, porque entonces ya no sólo entraría á figurar en la litis el derecho litigioso de las partes, sino un interés extraño á las mismas, que para nada se ha debido tener en cuenta. Semejante proceder equivaldría á que los Jueces se constituyeran en parte y esto, como se comprenderá, es absolutamente absurdo, inadmisible, contrario á la naturaleza de las cosas.

Se ha querido demostrar que este principio expuesto no es aplicable á la magistratura penal; se pretende que los jueces, en esta materia, *están llamados á hacer que la justicia se cumpla en las condiciones más estrictas*, sin considerar que en esta misión no entran solos, sino con otros elementos de acción pública.

Como observa el doctor Laudelino Vázquez, sucedería con el reconocimiento de tales doctrinas, algo anómalo y extraordinario: el Ministerio Público, que ejerce atribuciones de ley, se encontraría obligado á impugnar y á combatir las sentencias que establecieran una pena mayor de la solicitada, porque el deber de los Fiscales de Estado no es sólo el de acusar sino el de propender dentro de la esfera legal, á la efectividad del derecho.

Y si el Fiscal ó representante del Ministerio Público, quien quiera que fuere, *no encuentra mérito para acusar*, entonces, se pretende por algunos que la causa debe pasar á otro funcionario de igual clase,

cuya opinión, en el sentido de acusar ó de pedir el sobreseimiento debe reputarse decisiva. Indudablemente, la institución del Ministerio Público se deprime, porque pierde su independencia y autoridad; y se desnaturaliza, porque pierde su necesaria unidad.

Una magistratura coartada por la amenaza de que sus actos y su criterio serán sometidos á la corrección de un funcionario de su índole, sujeto á error, pero que, erróneas ó no, sus opiniones prevalecerán por fuerza, tiene que ser violentada íntimamente con perjuicio de la imparcialidad de su ministerio.

¿Cuál es la razón por la que ha de prevalecer y primar la opinión del Juez sobre la del magistrado que ejerce el Ministerio Público?

« La razón única », dice el doctor Laudelino Vázquez, « que induce á buscar dos opiniones que coincidan en cuanto al sobreseimiento en la causa y cuando esas dos opiniones no se producen, se opte por la favorable á la acusación, NO TIENE OTRA LÓGICA SINO QUE EL ACIERTO ESTÁ DE PARTE DEL QUE EMPLEA MAYOR SEVERIDAD »; lo que puede y no puede ser verdadero, y en principio puede considerarse un absurdo.

Sin duda, observaba en cierta oportunidad Mr. Dauphin, hay algún peligro en reconocer al Ministerio Público « como único árbitro de promover la acción penal para los crímenes respecto á los que no es dado á la parte perjudicada la facultad de la citación directa. Pero sobre el peligro de su inercia, que el sentimiento del deber y el control de la opinión pública disminuyen notablemente, es necesario poner el principio del instituto del Ministerio Público, honor de la Francia, que debe mantenerse intacto ».

La supuesta arbitrariedad del Ministerio Público, de la que quizás pequen los mismos jueces, que, como aquéllos, no están exentos de carne y de flaqueza humana, y pueden por tanto flaquear como la carne de su cuerpo, no obstante el vigor de su espíritu, decimos, la arbitrariedad del Ministerio Público al abstenerse de acusar en los casos en que *evidentemente* proceda acusación, está contrarrestada con el establecimiento y sanción de sus responsabilidades.

Además, desde que por el artículo 115 de la Constitución de la República O. del Uruguay, ningún juicio penal podrá seguirse sino por *acusación de parte, ó del acusador público,* sería contrario á esta disposición, y desde luego inconstitucional, que no hallando mérito el representante del Ministerio Público ó el particular agraviado por el delito, para entablar acusación, los jueces, por sí y ante sí resolviesen que hay lugar á esa acusación y pasasen la causa á otro Fiscal y se echaran á buscarlo que opinase como ellos. La Constitución ha librado al celo de los Fiscales ó al interés de las partes el enjuiciamiento de los presuntos delincuentes, y es lógico suponer que queriendo lo más ha

querido lo menos, y por tanto, que ha querido librar á esas partes la determinación del máximum de la pena aplicable, cuyo máximum no podrá rebasar la sentencia de los jueces (1).

Los que opinan que los jueces pueden contrariar la opinión fiscal sobre si no procede pasar al estado de acusación, ó que pueden aplicar una pena mayor que la pedida por el acusador público, confunden lamentablemente el verdadero y particular objeto de ambas instituciones. En los juicios públicos, el Fiscal es el legítimo representante de la sociedad y está obligado á defender los derechos é intereses de la misma cuando según su sano criterio, sus propias luces y su recta intención, entienda que debe defenderlos. El Juez es el representante de la justicia, y como tal, está llamado á medir el derecho social con la misma vara con que ha de medir el derecho privado de los individuos. Si fuera en el ejercicio de sus funciones el encargado de la defensa social, su cargo sería incompatible con el juzgamiento y decisión de conflictos entre la sociedad y los particulares; tendría que estar siempre por aquélla y siempre contra éstos; lo que es absurdo y contrario esencialmente á la justicia. La indiscutible misión de los jueces consiste en resolver con justicia, equidad y legalidad las contiendas en que estén interesados el orden social y los individuos.

Concluiremos afirmando con el doctor Alfredo Vásquez Acevedo, que si el reo ignora la manera como el delito será encarado por el Juez y los fundamentos de su opinión de que debe castigársele con pena mayor que la solicitada por el Ministerio Público, no podrá de antemano refutar las opiniones y los argumentos en que se apoye la imposición de la pena mayor, *lo que importa menoscabar de una manera gravísima el derecho de defensa.*

Art. 329.—Respecto de los delitos ó faltas en que proceda acción privada, no podrá abrirse el plenario sino por acusación de las personas ofendidas, siendo mayores de edad, ó de los padres en ejercicio de la patria potestad, ó de los tutores, curadores y encargados, cuando fuesen menores ó incapaces, respectivamente, aquellas personas.

(1) «No podemos desconocer que el altísimo carácter del Ministerio Público lo exime de ser en el juicio una simple parte civil de cuyas opiniones jurídicas puedan desentenderse los Tribunales como si se tratara de uno de los abogados de la causa, movidos ó influenciados por los intereses que defienden!...» «Lo más propio sería declarar y aceptar la soberanía, diremos así, del Ministerio Público en lo relativo al sobreseimiento, haya ó no haya parte civil, y exonerarlo de esta supremacía respecto á la sentencia definitiva, que debería quedar en ese caso á la absoluta resolución de los Tribunales *dentro del máximum de la acusación fiscal*».—(*Vicente Fidel López*).

La acción cesará y deberá sobreseerse por el perdón del ofendido, expresado en juicio, cuyas costas serán comunes á las partes si el querellante consintiese aunque sea tácitamente.

Conc.: arts. 184 y 193 del Cód. de I. Crim. de la Rep. O. del Uruguay.

En concepto del doctor Laudelino Vázquez, la intervención preferente de la parte civil en el juicio criminal, con la concurrencia del Ministerio Público sólo para fiscalizar el procedimiento, vigilándolo, en el sentido de que no se eluda la aplicación de las penas legales, es uno de los grandes resortes de la justicia.

Cambiando los términos de este sistema, llegaríamos á aquel otro que sostuvo entre muchos Cesarini en Itilia, que admite como complemento de la institución principal de acusación la acción penal del ciudadano ofendido por el delito; que admite, pues, la acción penal subsidiaria del ciudadano como suplemento de la inacción del Fiscal, por todos los delitos que producen daño público inmediato.

Es esta doctrina, la de Borsari aunque con algunas restricciones. Ha sido implantada en la ley procesal de Escocia, Irlanda, Hamburgo, Austria y Alemania.

El doctor Manuel E. Ballesteros proyecta implantarla en la legislación Chilena, con la variante de que así como el particular ofendido por el delito podrá acusar al ofensor si el Fiscal no lo acusa, éste, si no hubiere acusador particular deberá deducir acusación supletoria. Ambas escuelas, así como la que preconizó el Congreso Jurídico Alemán reunido en Norimberg el 25 y 28 de Agosto de 1875, que sostiene que en defecto de la acción del Ministerio Público pueda ejercitarse la acción penal por todo ciudadano en la plena posesión de los derechos civiles: *actio popularis*, no son, á nuestro juicio, respetando el parecer de tan ilustres pensadores, inaccesibles á la crítica severa.

Nosotros, en contraposición de los sostenedores de la participación concurrente y principal ó accesoria de la acción penal de los particulares en el desarrollo de la acción pública oficial, optamos por el sistema que niega esa participación.

Aplicando ciertas reflexiones de Manduca, creemos al respecto que, el representante del Poder social, además de ser apto y reunir los caracteres de seguridad, rectitud, energía y autoridad, no personifica más que un principio: la justicia; y si bien es verdad que no tienen los principios corazón, no sienten amor ni odio, la coparticipación del ciudadano en el ejercicio de la acción penal, aparte que evocaría, quizás, un pasado lejano, la venganza privada, contrariaría los factores que informan la institución del Ministerio Público, quitaría la calma y se-

renidad que anima el desarrollo normal de aquella acción, revistiendo las actuaciones instructorias, rasgos y sacudimientos de odio, de violencia y de venganza del que se considera ofendido.

« La justicia no podría, serena y tranquila describir su órbita, á fin de asegurar al ciudadano en los sagrados derechos de la libertad individual. Á su acción tranquila, plácida, fría, acompasada, reemplazaría la apasionada, violenta, turbulenta, agitada del ciudadano.

« La anomalía orgánica del delito produce así como anomalía orgánica en el ofendido ó en las personas interesadas, que se mueven siempre, aparte del motivo social, por una causa psíquica y económica ».

En los delitos en que el particular agraviado se constituye parte civil, frecuentemente la acusación privada no queda satisfecha de la justicia : « murmura siempre de la aplicación de la pena ».

Ambas escuelas destruyen en la práctica la libertad de apreciación del Fiscal, le hacen feudatario del ofendido ó querellante particular, convierten en ilusoria la independencia de un funcionario, que no debe vivir más que en el despejado y puro ambiente de la justicia, de la libertad y de su propio prestigio.

Podrá abusar el representante del Ministerio Público ; su vestidura carnal podrá impulsarlo en el sentido del mal ; más de una pasión le hará prevaricar : esto cabe en lo posible, porque cabe en lo humano.

Pero, interrogamos : ¿ acáso la probabilidad de cumplir estrictamente con el deber está más en el individuo que obra por interés personal, con el dolor de la ofensa personal, con la ofuscación en la mente y el arrebato en el corazón que pierden á tantos hombres honrados, que en el funcionario que no tiene en cada caso donde no se le infiere daño, otro objetivo que la justicia y el derecho, vigilante del interés común, del interés que se sobrepone á todo interés egoísta, porque es el de todos cuya consecución debe ser forzosamente efecto de altruismo é imparcialidad ?

Para los improbables casos de defección de los Fiscales, la ley tiene sanciones represivas, la sociedad medios morales y disciplinarios, garantías contra los posibles errores del magistrado acusador; la opinión pública, la prensa, inspiradas en la noción de la verdad y de lo justo, son enormes contrapesos opuestos al representante del Poder social si falta á su deber.

Complicado el mecanismo procesal con la intervención en cada juicio de dos acusadores (actores), uno público y otro particular, la defensa, ese gran postulado de la ley, carecería del pie de igualdad de que hacen ostentación ó quieren hacerla las legislaciones contemporáneas. Tendría que duplicar cuando menos sus recursos, ó repetirlos. Á mayor complicación, debiera corresponder tiempo más dilatado. El reo inocente vería tarde su absolución ; la sociedad desesperaría de la aplicación del castigo al delincuente. Y esto si la impunidad no sobre-

viniera en consecuencia del enmarañamiento causado en el asunto por la intromisión mañosa, ilógica y desatentada del actor particular.

« Dése entrada (en los juicios) á los acusadores voluntarios y al acusador público, y tendremos dos potencias rivales que servirán mutuamente para observarse, excitarse y contenerse », ha dicho Bentham.

Tal vez, habida consideración al artículo 115 de nuestra Constitución de Estado (del Uruguay), se pretenda por alguien ó se haya pretendido, que el sistema vigente entre nosotros y el que proyectamos en consonancia con nuestras ideas manifestadas, « se armonice mal con la disposición constitucional citada ». El doctor Laudelino Vázquez, se infiere de una de sus obras (*Cuestiones prácticas de Derecho Penal Procesal*, página 133), es uno de los tratadistas que tal piensan; porque, en efecto, opina que nuestra jurisprudencia en la materia, tiene un vacío, que sólo puede llenarse estableciendo la representación y la constitución de la parte civil como acusadora, *cuando quiera y pueda hacerlo*, sobre la base de que *el ejercicio de la acción privada en todos los casos es un derecho consagrado por la Constitución y por los sanos principios de la jurisprudencia penal, cuando éstos no se han adaptado al organismo existente*.

Sin embargo, fijando atentamente la mirada en el precepto constitucional aludido, la afirmación de que el ejercicio de la acción privada *en todos los casos es* un derecho consagrado en la Constitución de la República, no es verdadera, es errónea.

Aquel precepto está escrito de este modo: *Todo juicio criminal empezará por acusación de parte, ó del acusador público, quedando abolidas las pesquisas secretas.*

En él, pues, la expresión *por acusación de parte, ó del acusador público*, es disyuntiva; denota una alternativa entre *ser la acusación de parte, ó ser del acusador público.* (Bastaría la intervención de la conjunción *disyuntiva (ó)* para percibir el sentido de la alternativa que se ha querido dar á la oración; la coma que precede á la *(ó)* acentúa su oficio gramatical.

De manera que más nos acercamos al precepto constitucional referido los que admitimos en principio la existencia de dos *acciones* (en potencia), una *privada* y otra *pública* penal, pero que se ha de ejercer una ú otra, jamás una y otra conjuntamente, que los que admitiendo la existencia de las mismas acciones opinan que deben ó pueden ser inseparables.

Esto último sólo se supondría con lógica si el artículo 115 de la Constitución de la República Oriental dijese: Todo juicio criminal empezará *por acusación de parte y del acusador público, etc.*, poniéndose en lugar de la *ó* (conjunción disyuntiva) la *y* (conjunción copulativa) y suprimiendo, además, la coma antes mencionada.

Art. 330.—Si se trata de impúber sin padres en las condiciones apuntadas en el artículo anterior, ni tutor ni guardador, ó de un incapaz en las mismas condiciones, tendrá lugar de oficio la intervención del Ministerio Público, hasta que se provea la tutela ó curaduría.

Conc.: art. 194 del Cód. de I. Crim. de la Rep. O. del Uruguay.

Véanse los comentarios á los artículos 303, 304, 305, 306 y 307.

Art. 331.—En toda acusación, ya sea verbal ó escrita, según sea el juicio, deberáse expresar el carácter en que se acciona, la dirección ó el Juez á quien se presente, el nombre apellido y domicilio del acusador y del reo, la causa del juicio, lo que está probado ó lo que se ha de probar (y para esto último se ofrecerá prueba), las consideraciones de derecho pertinentes á la cuestión, el petitorio ó sea la petición de pena determinada.

El querellante particular, además de los requisitos expuestos, deberá el juramento de calumnia, bajo cuya fe asegurará que tiene motivos bastantes para creer que el acusado ha cometido el delito que se le imputa, y prometerá obrar de buena fe en el juicio (*).

En *Otrosíes* se manifestará y pedirá cuanto sea secundario en el juicio.

Conc.: art. 650 de la Ley de Enj. Crim. Española—art. 198 del Cód. de P. Crim. de Alemania—art. 96 del Cód. de P. Penal del Perú—art. 439 del Proy. de Cód. de P. Penal de Ballesteros (Chile)—art. 440 de ídem.

Art. 332.—En todo juicio que se siga á querella privada se actuará en papel sellado, y en defecto de éste en el lugar,

(*) La ley debe querer que una acusación no sea contraria á la moral, ni sospechosa bajo ningún concepto; si bien ha de de ser temible al culpable, por el peso de su culpa.

Las acusaciones anónimas están prohibidas universalmente; aun en aquellos países al parecer más atrasados por su moralidad. En China están vedadas so pena de muerte; el que intenta un juicio criminal suministrando datos falsos, es castigado con la pena del Talión como calumniador, excepto cuando la pena debiera haber sido capital, en cuyo caso sufre la inmediata inferior.

ó estándose auxiliado de pobreza, se actuará en papel común, con calidad de reposición á cargo de la parte vencida, procurándose que uno y otro papel sean del mismo formato.

Art. 333.—En los juicios que deban seguirse de oficio por el Ministerio Público, se empleará papel común, como el antes mencionado, dediendo reponer el sellado la parte que fuere condenada.

Art. 334.—La contestación expresará: el Juez á quien vaya dirigida, el nombre del Procurador y del Letrado defensor, el caratulado del juicio, los hechos que resulten probados en el sumario, la refutación de los términos de la acusación, las consideraciones de derecho, el petitorio de absolución ó de atenuación, ó la conformidad en que se aplique el castigo solicitado por el acusador, si en conciencia fuere aplicable, ó las excepciones que se tuvieren.

Art. 335.—En la réplica, si la hubiere, se recapitulará la acusación y se la ampliará si es necesario á juicio del acusador. En la dúplica se recapitulará la contestación y se ampliará si fuese útil á juicio del defensor letrado.

La acusación es el acto fundamental, el punto de arranque del juicio penal propiamente dicho.

Es necesario que en la acusación se exprese el Juez al cual se somete el conocimiento del asunto, para que no haya dudas sobre la opinión é intención del actor respecto á la competencia del magistrado.

Hase de expresar también el nombre del actor y su apellido, para que puedan saber el Juez y el reo si es persona legítima, hábil para comparecer en juicio, pues no siéndolo, el Juez deberá rechazar de oficio ó á petición de parte la acusación; y también para que las responsabilidades inherentes á ésta no se hagan ilusorias por la indeterminación ó el desconocimiento de la persona acusadora. Si se acusa en representación de alguna persona, debe esto hacerse constar en la acusación, exhibiéndose al mismo tiempo el poder correspondiente, si ya no se ha exhibido en autos, ó, en su caso, el testimonio de la partida de matrimonio ó de nacimiento, ó el del discernimiento de la tutela ó curaduría.

Se debe señalar el nombre y apellido del acusado, para que no haya dudas sobre la persona en quien se quiere hacer recaer las penas de la ley; para que sepa el Juez si es persona á la cual no se puede acusar absoluta ó relativamente, esto es, sin llenar ciertos requisitos, y si tiene capacidad para comparecer en juicio, pues no teniéndola, se le ha de proveer de representación legítima ó debe hacerse que la acusación se dirija al representante si lo tiene constituído; etc.

El domicilio del actor y del reo se ha de fijar en la acusación, á menos que se ignore el del último, lo que se hará saber al Juez á efecto de tomar las medidas conducentes á la notificación ó noticia de la acusación á quien corresponda. El señalamiento de domicilio debe hacerse con la mayor precisión posible.

Es necesario determinar claramente y con exactitud la causa del juicio, los hechos y derechos que le sirven de base, lo que está probado en autos y se ha de probar; lo mismo las penas que el Juez ha de aplicar; para que este magistrado quede instruído y pueda arreglar su sentencia teniendo en cuenta las intenciones de las partes, los hechos comprobados y los derechos alegados, y no ultrapase sus pretensiones, ó incurra en error de interpretación de las mismas.

Las peticiones accesorias á la principal, ó incidentales, deberán hacerse, para evitar confusiones, en *otrosíes* al pie de la demanda principal.

Todos los requisitos enunciados son exigibles, en cuanto fuere pertinente, á la contestación que produzca el reo.

Los comentarios que se pueden hacer á los artículos 332 y 333, son los mismos hechos al 241 y al 242 y correlativos del Proyecto.

TÍTULO XIX

CAPÍTULO I

De las excepciones

Artículo 336.—Excepción es un medio legal de que puede disponer el reo para aplazar la contestación, ó para destruir ó disminuir la acción intentada.

Conc.: art. 244 del Cód. de P. Civil de la Rep. O. del Uruguay.

Cuando compareciere el acusado ante el Juez que le citare ó empla-

zare podrá oponer, según el estado del proceso, *excepciones* contra la querella ó acusación del actor, ya sea contra sus fundamentos ó ya contra el modo de ponerla ; contra la persona del actor ó la del juez ; bien para aplazar ó excusarse de la contestación, bien para destruir la acusación ó aminorar sus efectos.

Excepción, puede definirse : el medio de defensa, ó la contradicción ó repulsa con que el imputado (demandado, reo, en general), quiere excluir, dilatar ó enervar la acción instaurada en su contra.

Las *excepciones* se fundan en el derecho natural, porque son medios de defensa y ésta está fundada en ese mismo derecho.

Art. 337.—Las excepciones son *dilatorias* ó *perentorias*.

Dilatorias, las que difieren ó suspenden el curso de las acciones.

Perentorias, las que tienden á destruir ó destruyen la acción, total ó parcialmente.

Conc.: art. 245 del Cód. de P. Civil de la Rep. O. del Uruguay.

Las excepciones dilatorias llámanse también *temporales*, porque no excluyen ó extinguen las acciones, si bien, como se dice en la definición que da el Proyecto, difieren ó suspenden el curso de las mismas.

Art. 338.—Sólo son admisibles por este Código, como excepciones dilatorias:

1.ª La incompetencia de jurisdicción.

2.ª La falta de capacidad legal en el actor, ó de personería del representante ó procurador.

3.ª La litis-pendencia en otro Juzgado ó Tribunal competente.

4.ª El defecto legal en el modo de preparar y seguir la acción.

5.ª La cosa juzgada.

6.ª La transacción y el perdón del ofendido, en los juicios que se inicien, y prosigan á querella privada.

7.ª La amnistía y el indulto.

Conc.: art. 246 del Cód. de P. Civil de la Rep. O. del Uruguay—art. 443 del Cód. de Proc. Crim. Argentino.

Como se ve en el artículo último que precede, las excepciones dilatorias punibles en asunto de índole penal, se refieren ya al Juez, ya al actor, ya al negocio ó materia de la acción, ó al modo de prepararla ó ejercerla.

Son referentes al Juez: la incompetencia de jurisdicción; la litis-pendencia.

Son referentes al actor: la inhabilidad para comparecer en juicio, ó la falta de poder suficiente en el procurador que invoque su representación.

Se refieren á la materia del juicio: la transacción y la cosa juzgada.

Se refiere al procedimiento: el defecto legal en el modo de preparar y seguir la acción.

Á la oposición de *incompetencia de jurisdicción*, se da el nombre de *declinatoria*, porque el reo declina ó elude por ella la jurisdicción del Juez ante quien ha sido citado, pidiéndole se inhiba del conocimiento del asunto respectivo y remita los autos al Juez competente, ó mande que el actor deduzca sus acciones ante éste último, quedando el reo excusado de responderle entretanto.

Es juez incompetente el que no tiene jurisdicción para conocer de un asunto, ya por razón de la materia sobre que versa, ya por razón del fuero de la persona inculpada, ó del lugar de su residencia ó domicilio, ó del grado jurisdiccional en que se sigue el proceso, ó por la importancia del delito que le sirve de base.

El actor será incapaz para litigar ó accionar por sí: 1.º cuando no estuviese en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, por incapacidad moral ó física, como si fuese hijo de familia bajo la patria potestad y compareciese á juicio sin aquiescencia del padre, ó en su defecto accionase sin intervención de la madre ó de su tutor, ó si siendo un incapaz mayor de edad no tuviere curador que actuase por él; 2.º cuando aunque gozase del pleno ejercicio de sus derechos civiles, compareciese en representación legal de otro, y no como el padre por el hijo menor, el tutor por el pupilo, etc., y no acreditase el carácter con que se presenta; ó si proviniendo el derecho que reclama, de habérselo otro trasmitido, no acreditase esta trasmisión; como el cesionario de las acciones civiles que provienen de delito.

El procurador no tendrá suficiente personería cuando se presente por otro sin *poder* en forma y tan bastante como por derecho se requiere.

La excepción de *litis-pendencia* es aquella por la cual se asegura que existe juicio contra las mismas personas, con el mismo objeto que se persigue, por la misma causa del que actualmente se promueve. De manera, que esta excepción sólo puede tener lugar *en concurrencia de dos litigios sobre el mismo objeto ó por las mismas causas, entre las mismas partes.*

El fundamento de semejante excepción, está en que no sería justo obligar á una persona á seguir un nuevo juicio sobre el mismo asunto, de que hay otro pendiente, porque si se daban sentencias concordes en ambos, se habría seguido un juicio inútilmente, y si eran contradictorias las sentencias, ó serviría una de excepción de *cosa juzgada* respecto de la otra, ó de no ser así, no podría ejecutarse ninguna. Además, ya hemos demostrado en otro lugar que no es ni permitido acusar dos veces por el mismo hecho á determinada persona, por razones superiores de órden público y privado que afectan la justicia y la moral.

La excepción por *defecto* legal en el modo de iniciar ó proseguir la acción, puede oponerse cuando el procedimiento observado por el actor, el modo de formular su querella. es vicioso ó no se ajusta á los requisitos que la ley reputa indispensables, algo así como sacramentales.

Por ejemplo, cabe tal excepción cuando no se precise clara y terminantemente lo que se pide, no se determinen los hechos en que se funda la acción, ó falte la firma de letrado defensor, ó no se acompañe testimonio del acto de tentativa de conciliación, si se requiere en el caso, ó copia del escrito y documentos que se presentasen ; etc., etc.

En todos estos supuestos y otros que sería largo enumerar, pero que el Proyecto abarca, cabe hacer la excepción de que estamos tratando, aun cuando el Juez hubiese admitido indebidamente la acción de cuyo conocimiento pudo inhibirse oficiosamente

Cosa juzgada es lo que se ha decidido en juicio, en virtud de sentencia válida, de que no hay ó no puede haber apelación, sea porque es inadmisible ó porque dicha sentencia ha sido tácita ó expresamente consentida (lo primero, si no se ha apelado en el término de la ley, ó si el recurso ha sido declarado desierto).

La *cosa juzgada* se presume verdadera, y las leyes le dan carácter de irrevocabilidad, no permitiendo á las partes probar lo contrario ; porque de no, los pleitos no tendrían fin. De aquí deriva la máxima romana: *res judicata pro veritate habetur.*

La transacción es un contrato por el cual las partes convienen en juicio ó durante su tramitación, y mientras no recaiga sentencia ejecutoria, en ajustar sus reclamaciones ó pretendidos derechos, haciéndose recíprocas concesiones á fin de evitar el pleito ó terminarlo. Por esto se dice que la *transacción* tiene efecto de *cosa juzgada* y produce excepción de *pleito acabado.*

La *amnistía* es una gracia que concede el Poder público, por la cual quiere que se olvide lo que por alguna colectividad ó por algún individuo se ha hecho contra la seguridad del Estado ; es decir, por la cual se dan al olvido los delitos contra la patria, el órden público y el derecho de gentes. La amnistía recae generalmente sobre delitos políticos.

Peyronnet ha dicho que es siempre *mejor sepultar los delitos políticos en la amnistía.* Las más de las veces es patriótico y digno de la paz pública cubrir con un velo los delitos políticos. Las conspiraciones muchas veces se desarman con el olvido de las culpas que nacen de una insurrección vencida. En cambio se ha visto surgir conspiraciones al pie del cadalso. La ley penal en materia política, persigue no pocas ocasiones un mal imaginario, porque en más de una, de la revolución emanó el progreso, el bienestar general; y puede dar lugar á procedimientos errados y pasionales, desde luego peligrosos y alarmantes.

En la República Oriental, la amnistía puede sólo concederse por ley ó disposición legislativa, así como en la mayor parte de los países republicanos, como Chile, Venezuela, Méjico, República Argentina, etc.

El *indulto* es la remisión de una pena que un delincuente merecía por delito común. Entre nosotros sólo puede haber indulto de la pena capital, cuando median graves y poderosos motivos en casos no exceptuados por la ley (artículo 84 de la Constitución). Es prerrogativa del Presidente de la República otorgar ese favor.

Art. 339. –Las excepciones perentorias, que son las que no se enumeran en el artículo anterior, no impedirán el curso del proceso, se propondrán durante él en las estaciones que la ley procesal determine.

Conc.: art. 247 del C. de P. Civil.

Art. 340.—La prescripción podrá oponerse en cualquier estado de la causa, sea en el sumario, sea en él plenario, en primera, segunda ó tercera instancia, ó durante la ejecución de la condena. Los Jueces suplirán de oficio la excepción de prescripción.

Conc.: arts. 248 y 249 del Cód. de P. Civil de la Rep. O. del Uruguay.

Art. 341.—En segunda y tercera instancia podrán alegarse las excepciones perentorias no alegadas en las antecedentes.

Las excepciones perentorias deberán oponerse al contestar la acusación y en la dúplica si por la forma del proceso es permitida ; lo que tiene por objeto precaver al actor de los perjuicios que podrían seguírsele de que el reo reservase las excepciones que *tuviere*, para oponerlas

cuando quisiere y creyese más ventajoso para dilatar el juicio é impedir su refutación. Las excepciones perentorias que el reo *no tuviere*, ó sea las que llegasen á su noticia después de contestar á la acusación, ó nacieren en el curso del procedimiento, pueden ser opuestas en cualquiera estación del juicio antes de sentencia; pues en tal caso no puede imputarse al reo morosidad ni malicia en proponerlas, puesto que no estuvo en sus manos el hacerlo. Esto último quedará justificado por la naturaleza de los hechos ó derechos alegados y la prueba que les sea relativa. No bastaría el juramento que en tales casos algunas legislaciones prescriben.

Entre las excepciones perentorias que pueden oponerse en defensa del procesado, podemos citar la *nulidad*

Hay tres especies de *nulidad*, según Febrero: á saber, una substancial, que destruye ó hace írrito el juicio, ya *ipso jure*, ya en virtud de excepción opuesta; otra que sólo impide el progreso ó continuación de la causa; y otra que vicia cierta parte susceptible de rectificación. Como nulidades de la primera especie mencionaremos: la falta de citación ó notificación de la querella al reo; la de negación de término legal para defenderse; la falsedad del delito que se le atribuye; la falta de jurisdicción del Juez, que no ha podido ser prorrogada. Como nulidades de la segunda especie, tenemos: la ilegitimidad ó incompetencia del Juez, ó del juicio que se promueve, ilegitimidad del acusador ó denunciador, esto es, su incapacidad ó inhabilidad; la de estar ya juzgado, sentenciado y castigado el delito porque se procede nuevamente. Como nulidades de la tercera especie conviene señalar: la falta de formalidad y solemnidad que debe guardarse en los juicios, cual sería, la omisión de firmas y de fecha en las actuaciones; la ausencia del Juez en el acto de declarar los testigos y el reo.

Además de la *nulidad*, hay otros medios de defensa que se dirigen á destruir la prueba acriminante, ó á evidenciar que el procesado ha obrado á impulsos ó en medio de circunstancias tales que aminoran su responsabilidad ó le eximen de ella También, como uno de los principales está la excepción de *prescripción*.

Basada la *prescripción* de las acciones penales en una razón de orden público (1), debe ser por lo tanto suplida de oficio la excepción que en ella se funde, por los Jueces, sea cualquiera su categoría, ya sean sumariantes, ya del plenario.

---

(1) «Todos tienen el derecho de ser juzgados con prontitud.

« Si la acción de la justicia se duerme, si descansa más allá de un cierto tiempo durante el cual han podido extinguirse los odios, cesar la alarma, complicarse los intereses y perderse los medios de prueba, el orden público exige que no sea turbada esta vuelta á la tranquilidad, á la seguridad, al trabajo y á las buenas relaciones sociales y que la inquietud del culpable, su fuga y sus sufrimientos, se consideren como una pena suficiente.

« Se ha reconocido generalmente que el tiempo lleva ya consigo una especie de expiación ». —(Tissot).

Véanse además las notas correspondientes al art. 313.

Art. 342.—Cuando el reo tenga más de una excepción dilatoria que oponer, aunque una de ellas sea la de incompetencia de Juez, deberá oponerlas todas dentro del término legal; pero el Juez conocerá y fallará solamente sobre la incompetencia, y ejecutoriado que sea el fallo, se resolverán por quien resulte competente las otras excepciones dilatorias deducidas.

Conc.: art. 251 del Cód. de P. Civil de la R. O. del Uruguay.

Art. 343.—Las excepciones dilatorias ó de previo pronunciamiento se substanciarán en forma de incidentes en los juicios escritos.

Art. 344.—En los juicios verbales, las dilatorias se deducirán y resolverán oralmente en una audiencia ó en dos que el Juez, á instancias del reo ó de su defensor señalará con noticia de la otra parte que podrá á su vez refutarlas en el mismo acto; teniendo cada parte opción á usar la palabra segunda vez, nada más, en esa audiencia.

Art. 345.—Las excepciones dilatorias se juzgarán en el expediente principal; quedando suspenso el juicio penal correspondiente hasta tanto se resuelvan por ejecutoria. Salvo si son varios los procesados, y sólo alguno ó algunos dedujesen excepciones de esta especie, en cuyo caso se formará pieza separada en que se discutirán y resolverán, continuando la causa principal con los demás procesados.

Conc.: art. 456 del Cód. de P. Crim. Argentino.

Art. 346.—Las resoluciones que recaigan sobre excepciones dilatorias serán apelables en relación dentro de tercero día.

Conc.: art. 455 del Cód. de P. Crim. Argentino.

Las excepciones dilatorias se han de formular, por regla general, al contestar la acusación. Hay algunas que deben oponerse antes, por-

que sino no surten efectos; tal sería, v. gr., la de incompetencia del Juez sumariante.

Todo artículo que se promueva por causa de una excepción dilatoria debe ser de previa substanciación, y desde luego, quedará en suspenso el curso del juicio principal, hasta que esa excepción sea resuelta. Existe también prelación para el conocimiento de la de *incompetencia*, respecto del de las demás; y por consiguiente, cuando se tenga varias que oponer, opuesta la de incompetencia, se ha de solucionar esta última, y sólo después de ejecutoriada la sentencia relativa se resolverán las otras por el Juez que resulte competente. La razón de todo esto estriba en que si se obligara á proponer dichas excepciones al contestar la acusación y á substanciarlas con el asunto principal, se causarían al reo y al mismo actor, perjuicios, como ser pérdida de gastos y tiempo, para la prosecución del juicio, resultando al fin nulidad de todo lo obrado si el Juez fuere absolutamente incompetente, siendo improrrogable su jurisdicción; ó si fuese incapaz el actor ó inhábil el procurador que le represente, etc., etc.

Las excepciones dilatorias deben oponerse todas de una vez, para que de otro modo no sea postergada indefinidamente la decisión del proceso

Conviene á la más pronta resolución de las excepciones dilatorias, para que el asunto principal no padezca largos aplazamientos, que aquellas se sometan al trámite breve de los incidentes, si el juicio es escrito; y si es verbal, se deduzcan y discutan y resuelvan en una sola audiencia, ó cuando más, en caso muy necesario, como si hay lugar á prueba que no es posible hacer en una, se señalará otra audiencia. La apelación, con idéntico fin será concedida en relación.

Con el mismo propósito de abreviar, conviene que la oposición de esas excepciones sea acompañada de documentos justificativos de los hechos que las fundaren, como se establece obligatoria y expresamente en el artículo 446 del Código de Procedimientos Criminales Argentino; y si no estuvieren á disposición del procesado, conviene también, en abono de su buena fe, designar clara y determinadamente el archivo, oficina ó lugar donde se encuentren, salvo que manifieste ignorar por el momento estos antecedentes, ofreciendo, no obstante, producir lealmente la prueba que corresponda, en el término ó audiencia que el Juez señalare.

Análogo es el procedimiento en materia civil, respecto de la demanda y de la contestación (artículos 289 y 326 del Código de Procedimiento Civil Uruguayo).

El motivo de la disposición del artículo 345 del Proyecto consiste en que, opuestas las excepciones dilatorias, naturalmente paralizan la acción sobre lo principal que se sigue contra el opositor, y no se perjudica el buen orden y la claridad del expediente involucrando en él

cuanto se refiera al artículo de previo pronunciamiento, á menos que sean parte otros procesados que no aleguen ninguna de esas excepciones, y no hubiera porque dañar sus derechos á un fallo próximo, que el incidente retardaría en beneficio del reo opositor únicamente.

CAPÍTULO II

De la defensa y del beneficio de pobreza en las causas penales

Artículo 347. — Los procesados podrán ser representados por Procurador y deberán ser defendidos por Letrado, que nombrarán, siendo para ello interpelados por el Juez de la causa, desde que pasen á disposición del mismo; salvo que no hubiere en el lugar del proceso ningún Letrado ó los que hubieren fuesen en número insuficiente ó tuviesen algún impedimento legítimo.

Si los procesados no nombraren defensor ó no tuviesen aptitud moral para verificarlo, se les nombrará de oficio.

Los procesados podrán cambiar defensor.

Conc.: art. 114 de la Const. de la Rep. O. del Uruguay—art. 59 del Cod. de I. Crim. de ídem—art. 275 del Cód. de P. Penal Italiano—art. 294 del Cód. de I. Crim. Francés—art. 118 de la Ley de Enj. Crim. Española—art. 140 del Cód. de P. Crim. Alemán.

Art. 348. — Será nulo cuanto se obrare en autos sin estar asistido de defensor el reo.

Conc.: art. 275 del Cód. de P. Penal Italiano—art. 294 del Cód. de I. Crim. Francés.

Art. 349. — Los perjudicados por el delito ó falta, ó sus herederos, cuando la acción privada deba ejercerse, si estuviesen habilitados para defenderse como pobres, tendrán también derecho á que se les nombre de oficio Letrado defensor.

Conc.: art. 119 de la Ley de Enj. Crim. Española.

Art. 350.—Los Abogados y Procuradores no podrán excusarse de defensa ó representación alguna, sin un motivo personal y justo que calificará según su prudente arbitrio el Juez ó Tribunal que conozca el asunto.

Conc.: art. 120 de la Ley de Enj. Crim. Española—arts. 632 y 633 del Cód. de P. Penal Italiano.

Art. 351.— Tampoco, sin igual motivo, podrán renunciar el cargo.

Conc.: art. 120 de la Ley de Enj. Crim. Española—arts. 632 y 633 del Código de Proc. Penal Italiano.

La intervención de abogados en la Administración de Justicia, ó sea, de profesores de jurisprudencia que con título hábil de suficiencia académica declarada por el Estado, se dedican á la defensa en juicio de los intereses y derechos de los litigantes; esa intervención, decimos, es de suma utilidad, muy especialmente en aquellas cuestiones relativas á la vida, al honor y á la libertad de quienes en mala hora delinquen y caen al empuje de una acusación, bajo la inflexible autoridad de los jueces.

En todas las naciones, dice Lieber, que han llegado á un grado de civilización política capaz de estimar en lo que vale la protección de los derechos individuales, encontramos sólidamente fundada la institución del abogado, absolutamente indispensable para mantener alto el imperio de la ley.

Bien es verdad que existen, como observa un notable publicista, sistemáticos novadores, que no sólo afectan desconocer la importancia de esa intervención pericial, sino que temen aparentemente su influencia, y que quisieran ver á las partes solas, debatirse en absoluta libertad, pero al fin libertad sin recursos, defenderse á sí mismas y á sus derechos sacrosantos, á menos de confiarse á la tutela de los jueces. Semejante escuela ha merecido la reprobación de Bentham, con estas palabras: « Este protectorado de los jueces, exige dos condiciones « esenciales: un completo conocimiento de cuanto concierne al litigio, « y un celo suficiente para utilizarlo del mejor modo posible; pero, no « puede esperarse del juez que se informe tan completa é íntimamente « como el abogado, de cada asunto individual, ni el mismo interés en « favor de cada parte. Suprimid la abogacía y un injusto agresor ten- « drá en general dos ventajas de una naturaleza opresora: la que « tiene una índole osada respecto de otra débil y pusilánime, y la de « una oposición elevada sobre una condición humilde é inferior. En « una cuestión dudosa ó compleja, estas ventajas podrían ser muy

« peligrosas para la justicia, á no suponer á los jueces inaccesi-
« bles á las debilidades humanas, y aun en caso de perfecta imparcia-
« lidad, dejarían expuestos á éstos á sospechas odiosas. Mas, los aboga-
« dos no se niegan á nadie y establecen la igualdad entre los litigantes.
« La misma rivalidad que hay entre ellos les hace desplegar en cada
« ocasión, sea quien quiera su cliente, rico ó pobre, grande ó pequeño,
« plebeyo ó ilustre, toda la fuerza del talento que poseen y que no
« pueden dejar de emplear sin perjudicarse á sí mismos. El honor y
« el interés son aquí los auxiliares de su deber ».

Defendiéndose por sí solos los litigantes sería evidente la inconveniencia de la desigualdad en las defensas, según que el uno fuese instruído, conocedor inteligente de las leyes, y el otro un ignorante; y además, las discusiones entre personas legas, serían abstrusas, sin claridad y sin enseñanzas que demostrasen la verdad jurídica para persuadir al magistrado.

La alta dignidad y misión del Ministerio Público exige que ejerzan sus funciones letrados de reconocida autoridad moral y competencia. Sería criminal que la ley no proveyera á la mejor defensa de los prevenidos por delito, colocados frente á frente del acusador público letrado, y no tratase de poner al nivel de la defensa de los derechos sociales la protección á los derechos del ciudadano y de la inocencia, sobre una misma base de igualdad.

El Estado, que desea y debe hacer extensivos á todos los individuos los dones de la más amplia protección y libertad civil, está interesado, agrega Lieber, en que cada cual alcance el amparo que la ley le acuerda, á fin de que no se le exija más de lo que ella exige, para que cada uno goce de las ventajas legítimas concedidas en la ley misma. La institución del abogado ha sido establecida para conseguir estos fines de indiscutible importancia.

Sería criminal que el acusador, investido de deslumbrante autoridad en algunos países, pudiera usar de una absoluta libertad de acción dentro del procedimiento legal, para arremeter contra un ser humano sujeto á la disciplina de una cárcel preventiva, con el ánimo rendido bajo el peso de una inculpación, así como cohibido su cuerpo. La desigualdad moral y física no pudieran ser mayores, y no caben dudas sobre quien llevaría la ventaja, si el acusador ó el acusado.

Lógica y racionalmente se impone al legislador la institución de la defensa ejercida por un tercero idóneo y libre, cuya intelectualidad, si no igual, se aproxime en mucho á la del acusador, sea público ó particular. Pero, se impone la institución de la defensa obligatoria, porque por sus fundamentos resulta ser una institución social (1). Así

(1) En todo juicio penal no se trata y defiende sólo la causa de este ó de aquel hombre, sino la de todos los hombres y de la sociedad entera. Es por esto que Pessina ha dicho que el derecho penal no es derecho privado, sino público, y que la justicia punitiva es superior al individuo y hasta al mismo Estado.

lo han comprendido nuestros Constituyentes, al establecer en el artículo 114 de la Constitución de la República Oriental, que en el acto de la declaración indagatoria y en todo el proceso, el reo deberá estar asistido de defensor.

Don Alonso el Sabio honró la abogacía erigiéndola en oficio público, porque por virtud de la legislación española de su tiempo se hizo indispensable que cierto número de personas se dedicasen á la ciencia del derecho, para juzgar las causas y razonar por los que ignoraban ó no entendían las leyes.

Cuando el inculpado sea sometido á su juez natural, ó cuando alguien sea declarado reo en un juicio penal, débesele mandar que nombre abogado defensor; y en el caso que no conociere alguno ó no quisiese nombrarlo, el Juez designará de oficio uno del lugar, ó del lugar más próximo, cualquiera que él sea, á menos que le haya *de encargo* ó presupuestado por la ley.

Carlos V, Rey de España, decretó que, á no proveer á su defensa el reo, se le nombrase defensor por el Juez, y se le pagase por el erario público.

Bajo el régimen de la Inquisición, tanto en España como en los demás países del mundo donde quiera que ella estaba establecida, el acusado podía elegir libremente su defensor á cualquier abogado de su confianza, atestigua Llorente, y el elegido debía jurar defender con fidelidad al reo, con quien podía hablar á solas cuantas veces quería. Si el procesado decía no conocer ninguno, se le daba noticia de los residentes en el lugar, con indicación de los mejor conceptuados. Si era pobre, hacíanse de cargo del Fisco los honorarios del defensor, por disposición de un edicto de Valdés.

Y sin embargo, á este régimen, el más racional y humano de los que conocemos, implantado en pasados tiempos, una nueva escuela teórica ha pretendido motejarlo de anacrónico y destruirlo por completo. No, mal dicho, no escuela nueva sino doctrina de viejo despotismo social, con el ropaje moderno de cierto tecnicismo científico y altisonante. La escuela antropológica de nuestros días, el antiguo fatalismo, no quiere admitir la defensa en los casos de flagrancia y confesión, y en los demás quiere que sea potestativa; en aquéllos la conceptúa oficiosa y superflua; en los restantes teme que aparezca ridícula y extemporánea.

Evidentemente, como manifiesta Aramburú y Zuloaga, en su exposición y crítica de la que es llamada *nueva ciencia penal*, hay en todo ello la reproducción de un antiguo prejuicio y la consabida supremacía del interés social, torcidamente interpretado. La defensa no es un favor que se concede al reo; es una exigencia del *proceso* racional que se dirige al descubrimiento de la verdad, á la verificación de la certeza; las presunciones *juris et de jure* están proscriptas por motivos

poderosísimos del campo penal. La defensa, diremos con Hélie, es un verdadero derecho originario del hombre, é inalienable por tanto. Carrara y Mussio dicen que la defensa es un *ministerio público.* Bentham ha manifestado que, si no es de buenos principios admisible la máxima tan repetida desde Trajano, de que vale más absolver á cien culpables que castigar á un inocente, porque dentro de un sistema sabio y prudente, ni los inocentes deben correr peligro, ni los culpables deben quedar impunes, mucho menos admisible es el afán opuesto, de castigar sin contemplaciones y escrúpulos para que ningún malvado escape á la ley. Aun suponiendo la infalibilidad en el fallo, « la concien-« cia pública se desmoralizaría á no guardarse las prácticas que entien-« de inexcusables para que la verdad y el derecho se esclarezcan y se « garanticen. y la justicia brille al cabo, en todo su esplendor y en « toda su imponente y, á un tiempo mismo, amable majestad ».

Por lo demás, no olvidemos que abogar por un hombre en causa criminal no equivale siempre á exhibirlo como si fuera inocente; porque abogar en tal causa es ver si la culpa imputada se prueba, y cuidar porque si fuere probada no se aplique mayor pena ni otra distinta de la que la ley prescribe en el caso sub-judice.

Y añade el agudo crítico español antes citado: ¿ No hemos visto cómo en la instrucción misma pueden entrar decisiones importantes, que está en lo posible que sean injustificadas, y elementos de prueba que quizás necesiten depuración ó aducción inmediata? ¿ Por qué cerrar el paso á toda defensa? ¿ No hemos visto que la flagrancia y la confesión se prestan á variantes múltiples y á apreciaciones diversas? Y porque veais que el reo no pide defensa, que tal vez se ríe de lo que el letrado alega en su favor cuando sin pedirla se le da, ¿ vais á pasar por lo que el reo quiere y á temer el ridículo de su desventurada hilaridad? ¿ Pues, no decimos nosotros que el delincuente desconoce su bien, y no decís vosotros que es un enfermo, ó un loco, ó un salvaje? ¿ Y para hacer justicia imitaremos al injusto, para hacer luz al que está en tinieblas, para depurar la verdad al ignorante?; ¿ ó habréis de contagiaros del mal del enfermo, ó tomar consejo del loco, ó aprender el arte de enjuiciar en la cátedra del salvajismo?

No es paradoja sino verdad, terminaremos diciendo con Ortolán, que el derecho de defensa no es solamente del acusado, sino que también es un derecho de la sociedad, porque á él van unidos sus más grandes intereses; la condenación del inocente es para ella (y para el juez y para los que tienen el sentimiento moral elevado), una desgracia mucho mayor que para el mismo condenado. Preciso es, pues, abandonar la propensión que tenemos á mirar un proceso penal, como un proceso ó expediente civil, y á ver al acusado, por una parte, con sus derechos, y á la sociedad, por otra, como parte actora del proceso, con derechos opuestos. Todos los derechos que tienen por objeto evitar

errores judiciales, y á su frente el derecho de libre defensa, son derechos, lo mismo para la sociedad que para el acusado. La consecuencia práctica es que el acusado no es dueño de renunciar á ellos, y que no puede subsanar con su silencio ó con su adhesión las nulidades que se derivarían de la violación que de ellos se hiciese.

Este deber de asistencia *pro reo* ante la justicia punitiva se hace extensivo á aquellas víctimas de delito que apareja acción privada; pero que por falta de medios para pagar su defensa lo dejarían impune, lo que quizás les acarrearía un peligro permanente y constituiría una amenaza continua para el bienestar social, que el Estado debe precaver directa ó indirectamente.

Como la defensa obligatoria es de orden público, ningún abogado puede excusarse de ella, á menos que tuviere motivos personales, como ser de dignidad y otros justos, que el Juez ó Tribunal de la causa bastanteará ó calificará, según su prudente arbitrio. Lo mismo debe decirse de los casos de renuncia de la defensuría.

La defensa letrada es obligatoria, salvo también que en el lugar del juicio, ya sea durante el sumario ó en el plenario, no hubiere abogado ó no hubiese abogados en número que se necesite para atender individualmente la defensa de correos en una misma causa. Esta carencia es muy común en los primeros momentos de investigación instructoria, cuando los Jueces de Instrucción de campaña tienen que actuar, al recibir las indagatorias y las primeras declaraciones de los testigos. Mientras tanto corresponderá que con calidad de *por ahora* se encargue de la defensa, provisoriamente, á personas respetables, idóneas si es posible. Lo mismo sucederá tratándose de causas que en plenario deban ser del conocimiento de los Jueces de Paz en las secciones rurales. Casi no hay por que hacer extensiva tal excepción á la defensuría en las capitales de los Departamentos, donde, gracias á Dios, no son pocos los abogados que hay.

Reuniendo un individuo las cualidades requeridas por la ley en consideración á las circunstancias expuestas, el reo puede nombrarlo su defensor, libremente, porque esa facultad es inseparable de su derecho natural á la defensa.

Art. 352.—Las mujeres no podrán ser defensoras en lo penal.

Un celebrado jurisconsulto español, el señor Gutiérrez, declamando contra la práctica de blandir en el foro las armas de la elocuencia para deslumbrar y conmover á los jueces y salvar de las iras justas de la ley á los que verdaderamente son victimarios, decía que para cortar este abuso, la elocuencia no debería tener entrada en las defensas criminales; que así unas como todas deberían circunscribirse á la na-

rración verídica de los hechos, á la aplicación clara de las leyes á esos hechos, á la exposición sencilla y serena de aquellas razones naturales y verosímiles que se desprenden de circunstancias personales y de los acontecimientos. En apoyo de su opinión, el señor Gutiérrez cita la costumbre egipcia que sólo permitía defensas escritas; la del Areópago de Atenas, que no consintió en un principio, á los acusados, el valerse de oradores, y cuando después permitió que éstos los patrocinasen, fué con la severa prohibición de hacer uso de cuanto pudiera *conmover los afectos ó ablandar el corazón de los jueces.*

Pero, á tantos escrúpulos se opone que indudablemente son vituperables todos los artificios empleados en desfigurar la verdad con el objeto de que los culpables sean absueltos; mas, cuando sin perjuicio de la verdad, y para dar el Abogado mayor realce á su discurso y llamar la atención de sus oyentes, quiera emplear todas las galas de la oratoria, ¿por qué se le ha de privar este recurso?; ¿por qué el desnudo y árido raciocinio ha de predominar en el foro en aras del abandono del divino arte de hablar y persuadir?; ¿por qué las pasiones nobles que sabe inspirar la santa causa de la libertad y del bien, no se han de expandir y derramarse en el recinto de la justicia como un bálsamo de consuelo para el oprimido?

La falacia, el embrollo, la superchería, ó las declamaciones afectadas, siempre serán medios reprobados por la honradez y el buen gusto, contestaremos con Febrero; pero no las oraciones graves, patéticas, en que se procura ilustrar y aun conmover á los jueces para salvar á un inocente del suplicio ó minorar la pena del delincuente, cuya criminalidad atenúan probados antecedentes y otras razones.

Algo así como con la elocuencia se ha querido hacer con la mujer, vedándole los estrados, conceptuándola inepta y archipeligrosa para ejercer el oficio de Abogado.

La mujer, como elemento afectivo, simpático por naturaleza, por su ingénita debilidad, quizás sólo por esto, puede reputarse influyente en el espíritu de los magistrados. Pero, su influencia será más ó menos grande según la índole de la causa que esté bajo su patrocinio, como puede llegar á ser tan nimia que no desvíe al magistrado de la senda del deber. Las causas civiles nunca son tan graves ni tocan al corazón tanto como las causas penales, que gravitan sobre lo más caro y querido para la humanidad. En estas últimas, la cuerda del sentimiento tiene vibraciones más intensas que en las primeras, y si es pulsada por manos y talento de mujer, las tiene mas hondas, más profundas y enérgicas; entonces el dolor ó la esperanza lo dominan todo, la razón queda subyugada; ya no piensa el hombre, sino que se deja arrastrar suavemente por la seducción hábil de una sirena.

La exclusión de la mujer del ejercicio de la abogacía, en países de un elevado nivel intelectual y educativo, no debe ser absoluta sino re-

lativa á ciertos y determinados asuntos, si peligra la integridad de la justicia.

En la antigua Roma las mujeres podían abogar, y hubieron algunas de histórica recordación, como Amasia y Hortensia, que dieron lustre y aplausos á la profesión. Pero, cuando en la misma Roma, mujeres como Afrania ó Calfurnia, hicieron abuso con el furor de sus declamaciones, se cerraron los pórticos del *Forum* á todas las de su sexo y no se las admitió abogar más que en asuntos suyos.

En España ha sido tenida generalmente la abogacía como oficio de varón: la ley 3, título 6, Part. 3.ª, impedía á las mujeres abogar en juicio por *otri*, porque, á su entender, no es decoroso que tomen *oficio de varón* y porque *cuando pierden la vergüenza es fuerte cosa de oirlas et de contender con ellas*.

Ni el Código de Procedimiento Civil ni el de Instrucción Criminal de la República O. del Uruguay, excluyen de la noción *Abogado* á la mujer; luego, pues, pudiendo hacerse lo que la ley no prohibe, las mujeres pueden entre nosotros defender ante la judicatura ordinaria á tercera persona (á *otri*), tanto más, por cuanto les está franqueando el paso por el claustro universitario, donde huelgan bellos ejemplares de intelectualidad femenil, llena de lozanía y de felices augurios.

Art. 353.—Si son varios los procesados por el mismo hecho, cada uno de ellos tendrá su defensor particular y distinto, y procurador en su caso.

Generalmente sucede que hay colisión entre los hechos y excepciones de los individuos comprometidos por una denuncia ó acusación. Habría implicancia que viciaría las defensas, si un abogado defendiese á personas que se hacen mutuamente reproches é inculpaciones en un proceso común, y siempre que el descargo de una sirviese de cargo á las otras; porque, ¿cómo podría un abogado defender á la primera sin atacar á las últimas? (1).

Art. 354.—El nombramiento y asistencia del procurador y defensor no impedirán que el reo intervenga en autos, ajustándose al procedimiento legal.

(1) Algunas legislaciones, y podemos decirlo de la nuestra aun cuando calla sobre este punto, y quizás por esto mismo, toleran que un solo defensor pueda serlo de varios procesados no oponiéndose el interés de la defensa. En la ley alemana, esto es una prescripción expresa (art. 146 del Cód. de P. Crim.).

La asistencia de letrado y procurador para los reos presuntos de delito, es por sus fundamentos un medio complementario, que no puede obstar al derecho natural y primordial de defensa personal arreglada á las leyes de procedimiento.

Art. 355.—Los particulares que accionen ó excepcionen en todo juicio penal, si no se les ha declarado pobres judicialmente, tendrán obligación de satisfacer los honorarios de los procuradores y letrados que les hayan representado y defendido respectivamente (2), los de los peritos que informen á sus instancias privadas, y las indemnizaciones de los testigos que hayan declarado á su solicitud, si al declarar hubiesen hecho reclamación estimativa.

Dichos honorarios serán regulados si no hubiese conformidad de interesados en el *quantum*, se incluirán en la planilla de costas que corresponda, y habrá derecho á reembolso contra el condenado en el incidente ó juicio principal en el cual se hayan producido esos costos.

Art. 356.—Los que hubiesen sido declarados pobres estarán exentos de tales prestaciones; sólo quedarán obligados á satisfacerlas si mejoran de fortuna dentro de los cuatro años después de concluído y ejecutoriado el asunto.

Han existido filósofos amantes de que la justicia se administre gratuitamente, fundándose en la obligación que tiene el Estado de facilitarla á sus súbditos y en el beneficio que resulta no solamente á éstos de que se declaren sus respectivos derechos, sino á la nación misma; pues, arrancándose la máscara de pretendidos derechos, con que se cubre el usurpador del patrimonio ajeno, se impide que se fomenten al abrigo de la impunidad semejantes atentados que siempre perturban la tranquilidad pública. Debemos hacer constar que esta liberalidad ha sido un sistema usado en los antiguos pueblos.

En tiempos de Roma republicana la justicia se administraba gratuitamente á todos, limitándose á pagar el litigante temerario los gastos ocasionados por viajes de testigos, por la inspección de lugares y otros

(2) Bajo el régimen del Santo Oficio, conforme al Edicto de Valdés, en caso de ser pobre el reo, los honorarios de su abogado eran de cargo del Fisco.

medios de instrucción judicial. Por derecho de *patronato* entonces establecido, eran los pobres socorridos en sus pleitos por los *patronos*.

Recién, durante el Imperio, se estableció en Roma el pago de las costas procesales.

En Francia se administró justicia gratis, hasta la época de Carlos *el Hermoso* y de Felipe de Valois.

Posteriormente, la necesidad de multiplicar los tribunales y sus auxiliares con motivo de la multiplicidad de litigios que se promovían; por haberse observado que gran parte de éstos eran producidos por la misma facilidad con que se administraba justicia, puesto que, como asevera Caravantes, no reconocía cortapisa ni represión alguna la cabilosidad y artificio; y más que todo, por lo gravoso que era para el Estado á causa de la penuria del Erario, sostener un número considerable de jueces y dependientes; se introdujo en la ley la obligación de pagar los litigantes ciertos servicios procesales. Sin embargo, quedaron subsistentes las medidas protectoras establecidas á favor de las clases y personas sin medios de fortuna ú otro valimiento, que no podían por la estrechez de sus recursos atender sus derechos en la litis con las facilidades que gozan los ricos y poderosos; y hasta se sancionaron disposiciones para equilibrar la posición de los unos con los otros, en sus relaciones contenciosas.

En España, durante la monarquía goda, ciertas leyes colocaron á los pobres en cuanto á sus pleitos, al amparo, protección y tutela de los Obispos. Otras prohibían á los ricos nombrar procurador que excediera en fortuna al contrario; y otras penaban á aquel que transfería su asunto en litigio al poderoso. Caravantes dice interpretando la Ley de Partidas, que en los días de Don Alfonso el Sabio los pobres no devengaban costas en los juicios que se debían seguir ante el Rey. Las leyes sucesivas han favorecido al pobre litigante y sus abogados ó procuradores, autorizándolos á pagar papel sellado de poco valor ó de ninguno, según las épocas, y hasta han hecho obligatoria la defensa graciosa de los pobres, como se ve en la legislación del presente.

Está universalmente admitido, hoy por hoy, que los particulares que accionen ó excepcionen en todo juicio penal, si judicialmente no se les ha declarado pobres, tendrán obligación de satisfacer los honorarios de su procurador y de su abogado, que les hayan representado y defendido respectivamente, los de sus peritos que informen á sus instancias, y las indemnizaciones de los testigos que hayan declarado á su solicitud.

Este principio reconocido por el artículo 355 del Proyecto, no es más que una expresión particular de aquel otro por el cual todo servicio debe ser remunerado y todo sacrificio ó perjuicio compensado por quien lo aprovecha; muy especialmente si el que sirve ó se perjudica reclama á tiempo, ó sea en los términos de la ley.

Cuando toca al interés de alguna de las partes la deposición de testigos y pide á los Jueces que la ordenen con la correspondiente citación, es justo que el solicitante *pague* ó reembolse á los dichos testigos, los gastos de su conducción al lugar del Juzgado, sus necesarias estadías y les indemnicen de los daños que les cause el cumplimiento de la obligación de presentarse á declarar.

La ley 26, título 16, Part. 3.ª, daba derecho á los testigos á que las partes les pagaran las expensas é intereses que perdieran en el tiempo empleado en ir á declarar y volver á sus hogares.

Actualmente, el artículo 121 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España prescribe la *indemnización* de los testigos, cuando al declarar hayan formulado su reclamación y el Juez ó Tribunal la considere procedente ó con justa causa.

Esta indemnización de testigos no está determinada en el Código de Procedimiento Civil de la República Oriental, ni en el de Instrucción Criminal. En nuestro criterio, hay en ello una omisión que llenar en nombre de la equidad. La obligación de comparecer á un Tribunal á prestar declaración testimonial será odiosísima para quien tenga que abandonar su casa y trabajo y emplear dinero para cumplirla. En nuestra campaña esto es más sensible, porque son grandes las distancias á recorrer y muchos los días que debe distraer el testigo al trasponerlas y hacer acto de presencia en un Juzgado.

Esos honorarios é indemnizaciones los deberá la parte por cuya solicitud se devenguen, quedándole derecho á reembolso si ganase el incidente ó juicio principal en que se hayan devengado.

Estimada la *indemnización* por el testigo en el acto de declarar, es el caso de que si no se conformase con ella la parte reclamada, se saque testimonio y se siga por separado un incidente sobre ese particular. Este es el procedimiento apropiado á la naturaleza del asunto; porque á diferencia de los honorarios, las indemnizaciones no pueden regularse, sino que, casi sin excepción, son materia de prueba de hechos que los jueces deben apreciar.

Art. 357.—Podrán ser habilitados como pobres:

1.° Los que vivan de un jornal ó salario eventual que importe menos de *dos* pesos.

2.° Los que vivan de un jornal ó salario permanente que no exceda de *un* peso.

3.° Los que vivan sólo de rentas, del cultivo y aprovechamiento de tierras, dehesas y bosques, de una in-

dustria ó profesión cualquiera y de la ganadería, cuyos beneficios líquidos no sean mayores de *un* peso por día.

4.° Los que tengan embargados todos sus bienes por deuda cierta, ó los hayan cedido judicialmente á sus acreedores, y no puedan ejercer industria, oficio ó profesión.

Cuando alguno reuniese dos ó más medios de vivir de los designados en este artículo, el Tribunal ó el Juez apreciará los rendimientos de todos ellos y no otorgará la auxiliatoria de pobreza si, reunidos, excediesen del tipo señalado en los incisos 2.° y 3.°.

Conc.: arts. 123 y 124 de la Ley de Enj. Crim. Española.

El Código de Procedimiente Civil de la República Oriental del Uruguay permite que los jueces concedan auxiliatoria de pobreza á las personas que no cuentan *recursos para litigar*. Siempre ha habido en la práctica forense de nuestro país dificultad para determinar quién tiene ó no recursos para litigar, y no han sido pocas las veces que atento á que el litigante era un hombre trabajador y vivía ganándose un jornal, no se le ha declarado pobre, aun cuando apenas el salario alcanzaba para saciar el hambre de sus hijos. De manera que en concepto de ciertos jueces, el que tenía lo preciso para comer con los suyos tenía recursos para litigar; cuando una cosa no implicaba la otra si se atiende al texto claro del artículo 1284 de aquel Código, que en su parte segunda supone al pobre con medios actuales de fortuna é industria y que supone ha de lucrar algo, aun cuando no le sobre ni rebase las necesidades ni alcance para litigar. Semejante resolución de tales jueces ha sido un motivo de retraimiento de los infelices, que, no pudiendo sacarse de la boca el pan para pagar costas con él, han tenido forzosamente que sufrir el vejamen de una acusación infame ó de una ilegítima imposición de un sujeto afortunado, prevalido quizás de la angustiosa ó embarazosa posición de su víctima. El arbitrio judicial ha sido en esto fatalísimo. Los jueces han celado los intereses fiscales y de la curia, con olvido de los primordiales del que demanda su justicia ó se defiende contra la injusticia.

Para evitar estos extremos, la ley debe fijar prudencialmente límites dentro de los cuales se es ó no se es pobre para litigar. Claro, que estos límites variarán según las circunstancias económicas de cada lu-

gar. Un hombre que vive con su familia en nuestro país, con un salario permanente de *ochenta centésimos* al día, tiene para litigar lo que exceda de este salario; y este mismo hombre quizás no pueda vivir con igual estipendio, sino que necesitaría otro mayor en otra parte, donde los artículos de primera necesidad de subsistencia son más caros; entonces allí no tendrá medios pecuniarios para litigar, y deberá de ser reputado pobre por los jueces que han de decidir de sus contiendas afianzando sus derechos.

Creemos consultar lo más aproximadamente posible el estado económico de la República Oriental estableciendo los límites entre lo que se puede llamar rico y pobre *para litigar.*

Decimos en el artículo 357, que podrán ser habilitados como pobres á este efecto:

1.º «Los que vivan de un jornal ó salario eventual menor de dos pesos ».

2.º «Los que vivan de un jornal ó salario permanente que no exceda de un peso ».

El Diccionario de la Academia Española define el jornal: el «estipendio que gana un trabajador en un día entero por su trabajo; y « define el salario: la recompensa que los amos señalan á los criados « por razón de sus servicios empleo ó trabajo, ó el que se da á todos « los que ejecutan algunas comisiones ó encargos, por cada día que se « ocupan en ellos ó por el tiempo que emplean en fenecerlos ».

Ese jornal y este salario pueden ser permanentes ó eventuales, según representen una cantidad invariable en el tiempo ó, por el contrario, experimenten fluctuaciones, ya sea por cesar el trabajo ó por variar su índole, ó la concurrencia ú otras causas económicas determinantes del aumento ó disminución de las recompensas al trabajo. Eventual es un sinónimo de inseguro. Luego el jornal y el salario son eventuales cuando es insegura su conservación, cuando están circunscritos á un tiempo corto é indeterminado; en una palabra, cuando no es fijo, sin que se pueda predecir alguna vez, dónde y cuándo ha de terminar, porque esto no depende de la voluntad sino de contingencias inesperadas. Aunque el jornal y salario, en estas condiciones, sean grandes relativamente, equivalgan á dos ó tres veces el jornal ó salario permanente, no es más ventajosa la situación del que goza el primer salario ó jornal que la del que goza el segundo, porque lo que hay de mayor cantidad numérica en el primero hay de mayor inseguridad en el porvenir con relación al segundo, y tanto un asalariado como el otro preferirían, uno por la escasez del presente y otro por la incertidumbre en el porvenir, abandonar sus derechos á las usurpaciones, á á los contraventores del orden y de la ley.

El número 3.º del artículo expresado declara que podrán ser habilitados como pobres para litigar: « los que vivan sólo de rentas, del cul-

« tivo y aprovechamiento de tierras, dehesas y bosques, de una indus-
« tria ó profesión cualquiera y de la ganadería, cuyos beneficios líqui-
« dos no sean mayores de un peso por día ».

Renta es el rendimiento en dinero que produce alguna cosa; podrá provenir de arrendamientos rústicos ó urbanos, de cánones, de censos, de acciones de banco ó compañías, de deuda pública, etc., etc.

Para que se computen á una persona las rentas y medios de vivir señalados en esta exención 3.ª, no es necesaria la plena propiedad, basta el usufructo; así es que al padre se le computará cuanto usufructúe de los bienes de los hijos; al marido se le computarán los gananciales del matrimonio. Aconsejan autores serios y es de recomendarse la prudencia con que el Juez ha de calcular dichas rentas y productos, *sin descender á investigaciones que pudieran comprometer á las familias y perjudicarlas en sus intereses, descubriendo el estado de su fortuna.*

La disposición del número 4.º del citado artículo 357 es acertada, puesto que los que tengan embargados todos sus bienes ó cedidos judicialmente á sus acreedores, sin poder trabajar ó ejercer alguna industria, comercio ó profesión, son pobres en realidad, y deben ser reputados tales para dispensarse de las cargas anexas á los juicios. Á este efecto, no se debe considerar pobres á los que pudiendo trabajar, no lo hacen por desidia ó despreocupación; la ley debe favores y auxilios á los que los han menester por fuerza de las cosas y no por capricho ó por su culpa; la habilitación de pobreza no es un privilegio para nadie y menos para el ocioso, sino una *medida protectora de reparación y equidad.*

Art. 358.—El cónyuge rico deberá expensar al que no lo sea, y los padres deberán expensar á los hijos ó viceversa, para defenderse en juicio criminal. Los hijos redimidos de la patria potestad deberán auxilios á los padres pobres.

El artículo 134 del Código Civil de la República Oriental del Uruguay, establece que el marido debe suministrar á su mujer los auxilios que necesite para sus acciones ó defensas judiciales (se sobrentiende que esta obligación sólo puede hacerse efectiva siendo el marido rico, en el concepto legal, para litigar). Pero, nada dice aquel Código del caso en que el marido es pobre y la mujer es rica, como lo sería la que recibiese en donación ó por herencia fuertes sumas de dinero.

Por el hecho del matrimonio nacen entre cónyuges vínculos morales de recíproca asistencia; la ley debe fortalecerlos, matando el egoísmo entre esposos. Por esto es que nos pusimos en el caso de estatuir la

obligación que tiene la mujer rica de expensar ó auxiliar al marido pobre cuando hubiere de ser reo en juicio penal.

Otro tanto podemos decir de los auxilios de igual índole y objeto que deben los padres á los hijos y viceversa, aun cuando los hijos no estén sujetos á la patria potestad. El artículo 242 del Código Civil mencionado, establece la obligación que tendrán también los padres (supuestos ricos) de suministrar á los hijos la ayuda que necesiten para su defensa. Pero, no establece la recíproca, si el padre fuese pobre para litigar y el hijo rico y libre.

Debemos entender por *auxilios* cuanto fuere preciso para cubrir las costas y costos del juicio, devengados en beneficio exclusivo del reo, ó en cuanto se hayan aplicado ó apliquen los servicios respectivos, á su defensa, no á su acusación, ni se impongan por castigo.

Art. 359.—No se otorgará la auxiliación de pobreza á los comprendidos en el artículo 357, cuando el Juez ó Tribunal infiera que, por el número de criados que tengan, alquiler de casa que paguen y otro cualquier signo exterior, tienen otros recursos de vida desahogada.

Conc.: art. 125 de la Ley de Enj. Crim. Española.

Quien tiene criados, paga subido alquiler de casa y gasta boato, presumiblemente tiene más riqueza de lo rigurosamente indispensable para vivir, y, por consiguiente, es probable que posea otros recursos que los pequeños que el artículo 357 pone por límite entre la pobreza y la riqueza para litigar. Luego entonces, no cabe en justicia á ese tal, la habilitación del citado artículo.

Art. 360.—La auxiliatoria de pobreza será individual. Se solicitará ante el Juez ó Tribunal que debe entender en el juicio que se intenta iniciar ó seguir con ese beneficio.

De la solicitud se formará expediente por separado que se substanciará en forma de incidente, sin perjuicio de iniciarse y seguirse el juicio principal en papel común y cumplirse todas las diligencias que se pidan, con cargo de reponer el sellado y de satisfacer las demás erogaciones y costas, si no se concediera la auxiliatoria y si se fuere condenado á esas prestaciones.

Los que entablen la pretensión de pobreza tendrán derecho á que desde luego se les otorguen los beneficios legales de la misma, sin perjuicio de lo que definitivamente se resuelva.

Conc.: arts. 127, 128, 129 y 131 de la Ley de Enj. Crim. Española.

Art. 361.—Cuando fuere el querellante particular el que promueva el incidente, se substanciará éste con citación y audiencia del procesado, si existiese á disposición de Juez ó si lo hubiese de ser.

La pretensión de pobreza del procesado se substanciará con citación y audiencia del querellante particular ó actor civil, si lo hubiere.

El Ministerio Fiscal será parte en todos los incidentes de pobreza.

Conc.: arts. 132, 133 y 134 de la Ley de Enj. Crim. Española -art. 1286 del Cód. de Proc. Civil de la República O. del Uruguay.

Art. 362.—El procesado á quien no se le haya citado ni oído en el incidente de pobreza del querellante, podrá impugnar en cualquier estado de la causa la habilitación que se hubiese decretado.

Conc.: art. 135 de la Ley de Enj. Crim. Española.

La auxiliatoria de pobreza será *individual*, dada únicamente á la persona que la solicita, porque á ella sola debe aprovechar, aunque tenga apoderado, porque éste ejerce la defensa ó acción en nombre de aquél y no en el propio; únicamente convendrá á la causa y sus incidencias, no aprovechando á otras, para las cuales habrá de obtenerse otra auxiliatoria, si la contraparte se opusiere á la primera ofreciendo contraprueba.

La demanda de auxiliatoria y la justificación de pobreza han de hacerse en el Juzgado competente para conocer del juicio en que se quiere gozar ese favor legal. Se prefiere esta jurisdicción á la del Juzgado del domicilio del requirente, donde sería para éste más fácil la prueba que corresponde, por el mayor interés y celo que ha de tener el Juez de la causa principal en examinar con cuidado y en apre-

ciar bien los fundamentos ostensibles é íntimos de aquella solicitud, y muy singularmente, á fin de no perjudicar al litigante contrario, sobre todo si es un particular, con gastos y dilaciones que se le seguirían, si tuviera que acudir ante el Juez del domicilio de la otra parte para oponerse á aquella declaratoria, y más tarde ante el Juez de la causa. Si ésta estuviere ya radicada en un Juzgado, resultaría un trastorno para ambas partes tener que ocurrir á otro Juzgado, el del domicilio del pretendido pobre, para recabar la declaración de pobreza que desea; y por tanto, es más evidente que, no teniendo necesidad de alejarse del lugar del juicio, ahorran tiempo y conservan en él vigilancia y celo, dos factores del buen curso de los asuntos judiciales.

El incidente que se forme para el logro de la auxiliatoria de pobreza, no interrumpirá el trámite del juicio principal ni impedirá su iniciación, porque, pudiéndose gozar de ese beneficio durante la substanciación del incidente, no es condición *sine quâ non* que ésta sea previa.

De la pretensión de una parte para defenderse ó accionar como pobre, se dará *traslado* á la otra, la que accederá, ó se opondrá por el interés que tenga en que no se faciliten ilegalmente al contrario las ventajas que reporta para el ataque ó la defensa el reconocimiento de ese estado.

El Ministerio Fiscal será oído en todos los incidentes de auxiliatoria, por el interés fiscal que existe en la justa aplicación del impuesto de sellado, timbres, derechos de firma, etc., en todo juicio en que proceda; cuidando que no se haga ilusorio, por el abuso ó por ligereza de los jueces en conceder aquella gracia inmerecidamente, en perjuicio del erario público.

Art. 363.—En cualquier estado de la causa podrá solicitarse la auxiliatoria de pobreza.

Si el que litiga como pobre adquiere recursos como para poder litigar, el Juez, á petición de la parte contraria ó del Ministerio Fiscal, declarará caduco el beneficio de pobreza.

La auxiliatoria de pobreza se basa en la posición precaria, *de hecho*, del que la reclama y obtiene. Esta posición es instable; el pudiente de hoy puede ser el necesitado de mañana, ó viceversa. De lo que se deriva: 1.º, que en cualquier estado de la causa, sobreviniendo pobreza, será concedida la auxiliatoria al que la demandare; 2.º, que si al que litiga como pobre sobreviene mejor fortuna, su contraparte, y aun el Ministerio Fiscal tendrán derecho á pedir que ese beneficio caduque por decreto judicial.

En consecuencia de lo dicho se deduce que las sentencias definitivas sobre auxiliatoria no causan estado, no hacen cosa juzgada, son esencialmente revocables, porque se fundan en circunstancias accidentales, aleatorias.

La caducidad de la auxiliatoria debe substanciarse en expediente por separado.

Art. 364.—Aquel á quien le fuere denegada por ejecutoria, deberá pagar las costas del incidente.

Conc.: art. 1290 del Código de P. Civil de la República O. del Uruguay.

Se impone este castigo por la malicia y ligereza con que, se presume, ha formado incidente el que solicitó declaratoria de pobreza, sin probar la condición necesaria.

Art. 365.—Las actuaciones solicitadas y los escritos presentados por los declarados pobres se extenderán en papel común (florete), con exoneración de timbres fiscales de cualesquiera especies.

De igual beneficio gozarán los procesados en las causas que se siguen de oficio ó á querella del Ministerio Público.

Salvo el deber de reintegrar los valores respectivos (de sellado y timbres) en caso de condenación.

Art. 366.—Al reo pobre (según declaración judicial) no se le cargarán costas de ninguna otra especie, á no ser por condena y sujetándose su pago á la condición del artículo 356.

Art. 367.--Los defensores letrados y los procuradores de pobres serán á sus representados y defendidos, siempre y en todo caso, responsables de los perjuicios causados por su negligencia y abandono en el desempeño del cargo.

Conc.: art. 68 del Código de I. Crim. de la República del Salvador — arts. 148 y 166 del Cód. de Proc. Civ. de la Rep. O. del Uruguay—art. 1293 del Cód. Civil de ídem.

La defensa gratuita por los pobres, al mismo tiempo que un deber moral debe ser un deber legal, aunque en alguna manera su cumplimiento debe ser retribuído.

Hasta ahora esto último no ha sucedido entre nosotros ampliamente. Verdad es que existe en Montevideo la institución de los *defensores de oficio*, remunerada, adscripta al Presupuesto General de Gastos de la Nación; pero en campaña no.

Tales defensores, por ser pocos y teniendo sobre sí una acumulación de trabajo abrumadora, difícilmente se pueden expedir con lucidez; les falta además, indudablemente. el estímulo de la concurrencia y la emulación profesional.

TÍTULO XX

CAPÍTULO ÚNICO

De las notificaciones, citaciones y emplazamientos

Notificación es el acto de hacer saber á las partes en el juicio, la resolución ó el mandato del Juez ó Tribunal.

Citación es el llamamiento que se hace á alguna persona para que comparezca á los estrados á cumplir cierta obligación legal.

Emplazamiento es el llamado que hace el Juez ó Tribunal para que alguien concurra á estar á derecho en autos como parte interesada.

Requerimiento es la imposición de un mandato judicial.

Es muy común que se confundan estos términos y que indistintamente se comprendan en un solo concepto y denominación.

Los romanos decían á la citación y al emplazamiento: *in jus vocatio.*

La notificación y el emplazamiento son en todo juicio de absoluta necesidad; pues una ú otro procede porque á nadie debe condenarse ó juzgarse sin dársele noticia y la intervención indispensable para que alegue sus descargos y defensas. Dice muy á propósito de esto el señor Escriche, que el mismo Dios quiso dar una prueba de esta necesidad, cuando en el Paraíso, después de haber pecado Adán, le llamó para que diese razón de su conducta *(¡Adame, Adame!)*, á pesar de que sabía que no podía darla.

Adán, consciente ya de su culpa, se había escondido, huyendo de la presencia y justicia del Señor.

Artículo 368. — Las notificaciones, citaciones y emplazamientos que se practiquen fuera de los estrados delJuzgado ó Tribunal, se harán respectivamente por un Alguacil ó por un Oficial de sala.

Los que tuvieren lugar en los estrados, se practicarán leyendo íntegramente la resolución á la persona á quien se notifique, ó dejándosela leer; dándole en el acto copia de ella, aunque no la pidiere, y haciendo mérito de una y otra cosa en la diligencia que se extienda, que suscribirá el Secretario ú Oficial de sala respectivamente.

Conc.: art. 166 de la Ley de Enj. Crim. Española.

Entre los romanos, la citación y el emplazamiento se hacía de palabra por el actor, que encontrando á su adversario le decía: *sígueme al Tribunal.*

Á nadie puede escapar la trascendencia de estos actos, sobre cuyo cumplimiento el Juez de la causa debe tener la mayor seguridad, confiándolo á subalternos de responsabilidad y de su mayor confianza.

La notificación, la citación y el emplazamiento en los *estrados*, deben hacerse real y efectivamente en la oficina actuaria ú oficina del Juzgado, al litigante ó al demandado que asistiese á ella.

No son la ficción que en materia civil es práctica y legal, por la que no concurriendo alguna de dichas partes dentro de un término breve, á solicitud de su contrario y por mandato correlativo del Juez, se la tendrá por notificada, citada ó emplazada, poniéndose una simple nota de esta circunstancia en el expediente.

La copia que debe expedir al interesado el Secretario ó el Oficial de sala ó del Juzgado, será literal. Su entrega será inomitible, porque constituye una razón para que el interesado no se excuse de ignorancia, error ú omisión en la lectura de la resolución judicial que hubiese hecho ú oído en los estrados

Faltaría á la verdad el notificador que expresase en autos la circunstancia de esa entrega que no hubiese hecho realmente.

Art. 369. — Para la práctica de las notificaciones á que se refiere la primera parte del artículo anterior, el Secretario que interviniere en la causa extenderá una cédula que contendrá:

1.° La expresión del objeto de dicha causa y los nombres y apellidos de los que en ella fueren parte.

2.° La copia literal de la resolución que hubiere de notificarse.

3.° El nombre y apellidos de la persona ó personas que han de ser notificadas.
4.° Fecha en que la cédula se expidiere.
5.° La firma del Secretario.

Conc.: art. 167 de la Ley de Enj. Crim. Española

Art. 370. — Se hará constar en los autos por nota suscinta la expedición de la cédula y el Oficial de sala ó Alguacil á quien se encargue su cumplimiento.

Conc : art. 168 de la Ley de Enj. Crim Española.

Estas disposiciones hacen referencia á las notificaciones que hay que hacer fuera de los estrados. Esta forma de notificar evita los inconvenientes del sistema actual, práctico, que no del legal, porque la ley procesal ordena que se hagan las notificaciones por los Actuarios, mientras que es tolerado que las hagan los amanuenses de las oficinas actuarias, cometiendo los primeros la grave irregularidad de dar fe de las notificaciones que no han presenciado ó verificado por sí mismos. No hay curial que no conozca por experiencia los abusos á que se presta semejante tolerancia.

Sería una tarea harto pesada para los Actuarios y Adjuntos tener que notificar individualmente á las partes. Habríase, por lo menos, de tener en cada Juzgado tantos adjuntos como dependientes notificadores hay en la actualidad. Sería insostenible el número de esos escribanos, cuya renumeración por lo pequeña necesariamente, no podría ser un estímulo al trabajo y á la honradez y una prebenda digna de la profesión.

La notificación por cédula tiene que ser por fuerza más ventajosa que la que se hace por simple nota, siendo así que la cédula va autorizada por el Actuario ó su Adjunto, y es entregada al Oficial de sala ó al Alguacil, que á su vez debe leerla al interesado que se ha de notificar bajo recibo, de donde arranque su responsabilidad por faltar á su deber.

Art. 371. — El que recibiere la cédula sacará y autorizará con su firma tantas copias cuantas sean las personas á quienes hubiere de notificar.

Conc.: art. 169 de la Ley de Enj. Crim. Española.

Art. 372. — La notificación consistirá en la lectura íntegra de la resolución que deba ser notificada, que podrá hacer la parte, entregando la copia de la cédula á quien se notifique, y haciendo constar la entrega por diligencia suscinta al pie de la cédula original.

Conc.: art. 170 de la Ley de Enj. Crim. Española — art. 128 del Cód. de P. Crim. Argentino.

El contenido del primero de estos artículos responde al principio que hemos justificado al tratar del artículo 368 (parte segunda); esto es, al principio útil por el cual todos los interesados tengan copia íntegra de las resoluciones judiciales.

La notificación fuera de estrados se hará leyendo el notificador á la parte ó dejando que éste lea la resolución que se ha de notificar, entregándose la copia de la cédula respectiva á quien se notifique y haciendo constar la entrega por diligencia suscinta al pie de la cédula original.

Art. 373. — En la diligencia se anotará el día y hora de la entrega, y será firmada por la persona á quien esta se hiciere y por el funcionario que practique la notificación.

Si la persona á quien se haga la entrega, no supiere firmar, lo hará otra á su ruego; y si no quiere, firmarán dos testigos buscados al efecto. Estos testigos no podrán negarse á serlo bajo la multa de 5 pesos.

Conc.: art. 171 de la Ley de Enj. Crim. Española.

Art. 374. — Cuando á la primera diligencia en busca no fuere hallado en su habitación el que haya de ser notificado, cualquiera que fuere la causa y el tiempo de ausencia, se entregará la copia de la cédula al pariente, familiar ó criado, mayor de catorce años, que se halle en dicha habitación.

Si no hubiere nadie, se hará la entrega á uno de los vecinos más próximos.

Conc.: art. 172 de la Ley de Enj. Crim. Española — art. 129 del Cód. de P. Crim. Argentino.

Art. 375. — En la diligencia de entrega se hará constar la obligación del que recibiere la copia de la cédula de entregarla al que deba ser notificado inmediatamente que regrese á su domicilio, bajo la multa de diez á veinte pesos si deja de entregarla.

Conc.: art. 173 de la Ley de Enj. Crim. Española—art. 130 del Cód. de P. Crim. Argentino.

Art. 376. — Cuando no se puede practicar una notificación por haber cambiado de habitación el que deba ser notificado y no ser posible averiguar la nueva, ó por cualquiera otra causa, se hará constar en la cédula original, que será incorporada al expediente respectivo.

Conc.: art. 174 de la Ley de Enj. Crim. Española.

Las firmas de los interesados y del notificador, son un medio de garantir la efectividad de la notificación.

Como que hay también que garantir el fiel cumplimiento de las disposiciones de los artículos 373, 374 y 375, se requiere en ellos la misma autenticidad, que aun conviene al efecto de robustecer la responsabilidad de las personas que intervienen en las diligencias que se expresan.

La conveniencia de la rapidez en la administración de justicia ha determinado la disposición del artículo 374.

Art. 377. — Las citaciones y emplazamientos se practicarán en la forma establecida para las notificaciones, con las siguientes diferencias.

La cédula de citación contendrá:

1.° Expresión del Juez ó Tribunal que hubiere dictado la resolución, de la fecha de ésta y de la causa en que haya recaído.

2.° Los nombres y apellidos de los que debieren ser citados y las señas de sus habitaciones; y si éstas fuesen ignoradas, cualesquiera otras circunstancias

por las que pueda descubrirse el lugar en que se hallaren.

3.° El objeto de la citación.

4.° El lugar, día y hora en que haya de concurrir el citado.

5.° La obligación, si la hubiere, de concurrir al primer llamamiento bajo le multa de diez á quince pesos, ó si fuere ya el segundo el que se hiciere, la de concurrir bajo apercibimiento de arresto que durará hasta que presten el servicio que la justicia les exige personalmente ó el juez crea prudencial mantenerlo como pena, sin que pueda exceder de *ocho* días.

La cédula del emplazamiento contendrá los requisitos 1.°, 2.° y 3.°, anteriormente establecidos para la de citación, y además los siguientes:

1.° El término dentro del cual ha de comparecer el emplazado.

2.° El lugar en que haya de comparecer y el Juez ó Tribunal ante quien deba hacerlo.

3.° La prevención de que si no compareciere le pararán los perjuicios á que hubiere lugar en derecho.

Conc.: art. 175 de la Ley de Enj. Crim. Española—art. 133 y 134 del Cód. de P. Crim. Argentino.

Según definimos la citación, ésta sólo tiene lugar en casos de *obligación,* es decir, cuando el citado debe comparecer ante un Juez á cumplir personalmente una obligación que la ley le impone.

Hay personas, como los testigos, los peritos y los jurados, que tienen obligación de informar, declarar y juzgar, en su caso, porque es de orden público que no puedan eludir un acto del cual depende el triunfo de la verdad y del derecho.

Todas estas personas deben particular auxilio á las autoridades judiciales, y si no lo prestan en las condiciones de la ley incurrirán en arresto, que durará hasta tanto presten el servicio personal que se les

exige ó hasta tanto quiera prudencialmente el Juez de la causa, sin que pueda exceder de ocho días.

Como el emplazamiento se hace en beneficio del emplazado, puede éste hacer ó no uso de él, sin que le pare otro perjuicio que el que naturalmente se derive de su inasistencia ó falta de comparecencia á deducir sus derechos.

Art. 378. — Cuando el citado no comparezca en el lugar, día y hora que se le hubiere señalado, el que haya practicado la citación volverá á constituirse en el domicilio de quien hubiese recibido la copia de la cédula, haciendo constar por diligencia en la original, la causa de no haberse efectuado la comparecencia. Si esta causa no fuese legítima, se procederá inmediatamente por el Juez ó Tribunal que hubiere acordado la citación, á llevar á efecto la prevención que corresponda, entre las establecidas en el número 5.º del artículo anterior.

Conc.: art. 176 de la Ley de Enj. Crim. Española.

Es justo que antes de hacer efectivo ningún apercibimiento de los determinados en el número 5.º del artículo 377, el Juez se cerciore de que hay desobediencia manifiesta y no una involuntaria omisión del citado.

Art. 379. — Cuando las notificaciones, citaciones ó emplazamientos hubieren de practicarse en territorio de otra autoridad judicial uruguaya, se expedirá suplicatorio, exhorto ó mandamiento, según corresponda, insertando en ellos los requisitos que deba contener la cédula.

Si hubiere de practicarse en el extranjero, se observarán para ello los trámites prescritos en los tratados, si los hubiere, y en su defecto, se estará al principio de reciprocidad.

Conc.: art. 177 de la Ley de Enj. Crim. Española—arts. 135 y 136 del Cód. de P. Crim. Argentino.

Aquí se trata incidentalmente de *suplicatorias, exhortos y mandamientos,* que son materia del Título XXI, que más adelante estudiaremos con alguna detención.

Art. 380.—Si el que haya de ser notificado, citado ó emplazado no tuviere domicilio conocido, se darán las órdenes convenientes á los agentes de Policía judicial por el Juez ó Tribunal que hubiese acordado la práctica de la diligencia, para que se le busque en el breve término que al efecto se señale.

Si no fuere habido, se mandará insertar la cédula en uno ó más periódicos ó diarios de la localidad, debiendo agregarse á los autos la primera y última publicación.

Conc.: art. 178 de la Ley de Enj. Crim. Española—arts. 140 y 141 del Cód. de P. Crim. Argentino.

La publicación de la cédula de citación que manda hacer este artículo, debe durar todo el tiempo preciso hasta que fuese habido el citado. Se dispondrá á ese fin de uno ó más diarios ó periódicos de la localidad, y si no los hubiere, de los de la Capital de la República. Los gastos de publicidad serán de cuenta del que pide la citación, á no ser el Ministerio Público.

Art. 381.—Practicada la notificación, citación ó emplazamiento, ó hecho constar el motivo que lo hubiesen impedido, se unirá á los autos la cédula original ó el suplicatorio exhorto ó mandamientos expedidos.

Conc.: art. 179 de la Ley de Enj. Crim. Española.

Art. 382.—Serán nulas las notificaciones, citaciones ó emplazamientos que no se practicaren con arreglo á lo dispuesto en este capítulo.

Sin embargo, cuando la persona notificada, citada ó emplazada se hubiere dado por enterada en el juicio, surtirá desde entonces la diligencia todos sus efectos, como si se hubiese hecho con arreglo á las disposiciones de la Ley: no por esto quedará relevado el auxiliar ó subalterno de la corrección disciplinaria establecida en el artículo siguiente.

Conc.: art. 180 de la Ley de Enj. Crim. Española.

Art. 383. — El auxiliar ó subalterno que incurriere en morosidad en el desempeño de las funciones que por este capítulo le correspondan, ó faltare á alguna de las formalidades en el mismo establecidas, será corregido disciplinariamente por el Juez ó Tribunal de quien dependa, con multa de 10 á 50 pesos.

Las notificaciones, citaciones y emplazamientos, podrán hacerse solamente á los Procuradores de las partes, ó á sus defensores en defecto de los primeros.

Se exceptúan:

1.° Las citaciones que por disposición expresa de la Ley deban hacerse á los mismos interesados en persona.

2.° Las citaciones que tengan por objeto la comparecencia obligatoria de éstos.

Conc.: arts. 181 y 182 de la Ley de Enj. Crim. Española—art. 139 del Cód. de P. Crim. Argentino.

Ya hemos hecho mención de la importancia de las notificaciones, citaciones y emplazamientos. Su cumplimiento fiel es esencial á la validez del proceso en cuanto á su forma, debiendo renovarse desde donde tuvo lugar su omisión. Sin embargo, la nulidad resultante de la falta de esas diligencias ó de alguno de sus requisitos no puede ser absoluta; si la parte que se cree perjudicada no la aduce, el Juez ó Tribunal no podrá suplir de oficio la excepción correspondiente. Toca á dicha parte oponerla en la estación oportuna del juicio.

Como las formalidades de la citación, notificación y emplazamiento, ha dicho Reus, *se ha introducido en beneficio y en garantías de las partes*, sólo á éstas puede perjudicar su inobservancia, y de aquí que cuando la persona citada, notificada ó emplazada, se hubiere *dado por enterada* en el juicio de la resolución judicial, *la diligencia surtirá desde entonces todos sus efectos, como si hubiese sido hecha con arreglo á la ley.* Esta manifestación debe suponerse, cuando tácitamente se la hace, cuando la parte compareciese, por ejemplo, en la causa, en virtud de la providencia notificada ilegalmente, aprovechando ó combatiendo el contenido de ella, sin reclamar contra los vicios de la notificación; porque en otros supuestos es evidente el conocimiento de esa resolución.

Con todo, hay que castigar al funcionario que fuese culpable de semejantes vicios del acto de la notificación, citación ó emplazamiento. Es imposible que quede impune la falta cometida, para que la pena escarmiente y la impunidad no dé fomento á los abusos y á la burla de la ley. Esa pena es disciplinaria y será impuesta de plano por el Juez que se aperciba de la causa porque hubiere de ser menester.

Art. 384.—Las notificaciones de las providencias y sentencias, citaciones y emplazamientos, se harán dentro ó fuera de la Oficina del Juzgado, en el término de veinticuatro horas, si las partes están domiciliadas dentro del radio de la ciudad; debiendo los querellantes particulares ó sus representantes comparecer cada dos días á dicha Oficina á oir providencia.

Si los que han de ser notificados, citados ó emplazados tienen su domicilio legal fuera del radio urbano, los notificadores tendrán un término para cumplir, de un día por cada ocho leguas.

En caso de urgencia, podrán los jueces abreviar dichos términos.

Conc.: art. 123 del Código de Proc. Crim. Argentino.

Las *leguas* de que hace mención este artículo, se contarán desde el radio urbano á que el mismo se refiere, hasta el domicilio ó residencia del que se ha de notificar, citar ó emplazar. Esa distancia debe calcularse sobre la línea recta que une ese radio á ese lugar.

TÍTULO XXI

CAPÍTULO ÚNICO

Generalidades acerca de los suplicatorios, exhortos y mandamientos, oficios y exposiciones

El presente título está consagrado exclusivamente á la práctica de diligencias judiciales que han de realizarse en sitio distinto de aquel

en que se sigue el juicio á que pertenecen. Los *suplicatorios*, los *exhortos*, los *mandamientos*, los *oficios* y *exposiciones*, aun cuando tiendan á un mismo fin, cual es cometer á un funcionario extraño al Juzgado que conoce de la causa, el cumplimiento de las diligencias de que hemos tratado en el párrafo anterior, se diferencian, no obstante, en razón del grado de autoridad de la persona que los dirige y de la que los recibe, y por su forma.

Suplicatorio es el despacho que un Juez ó Tribunal dirige á otro superior en grado, y en el que ha de usar palabras de insinuante reverencia y que marquen la diferencia jerárquica que les separa.

Exhorto es el despacho dirigido por un Juez ó Tribunal á otro de igual categoría, aunque de jurisdicción ó territorio diferente, y en el que usará palabras corteses y respetuosas.

Mandamiento es una orden escrita por la que se manda ejecutar alguna cosa, correspondiendo esta ejecución, v. gr, á los agentes de Policía judiciaria, etc.

Carta-orden es la que se dirige á un subordinado, concebida en estilo preceptivo, si bien atencioso. Dícese usualmente de los mandamientos de los Superiores Tribunales, que han de cumplir los Jueces inferiores.

Oficios ó exposiciones son las comunicaciones ó exhortaciones que se hacen á las autoridades administrativas y políticas.

Artículo 385. — Los Jueces y Tribunales se auxiliarán mutuamente para la práctica de todas las diligencias que fueren necesarias en la substanciación de las causas criminales.

Conc.: art. 183 de la Ley de Enj. Crim. Española.

Sin el mutuo auxilio de los Jueces y Tribunales, diremos con Reus, dada su organización, sería imposible la buena administración de justicia; porque como cada Juez ó Tribunal tiene demarcado su territorio fuera del cual no tiene jurisdicción, desde el momento en que una diligencia hubiera de practicarse extraterritorio, dejaría de conocer del asunto en aquel punto, y aquélla habría de solicitarse en forma, del Juez ó Tribunal territorial competente; lo que aparte de la variedad de jurisdicciones, dividiría la continencia de la causa. Para evitarlo, la ley debe obligar á los Jueces y Tribunales á prestarse recíprocamente ayuda y á que practiquen diligencias por encargo de otro Juez ó Tribunal que mantiene su jurisdicción.

Hay además de esto una razón económica, porque si para trasladarse un Alguacil, por ejemplo, para ejecutar una citación, tuviese que

hacer largas jornadas, el costo de las mismas sería una carga abrumadora para las partes, siendo así que valiéndose del Juez de distrito por intermedio del Correo, el Juez de la causa les ahorraría todos aquellos gastos.

Supongamos que no tuvieran los Jueces la obligación de auxiliarse mutuamente, y que hubiese necesidad de tomar declaración á un testigo domiciliado en Rivera. ¿Habría de trasladarse á ese paraje el Juez de la causa, que supondremos alguno de los de Montevideo, ó habría de bajar á esta Capital el testigo para comparecer ante ese magistrado?

Cualquiera de los dos procedimientos ofrece sus graves dificultades. Sería perjudicial á otro asunto que el Juez lo abandonase por aquel otro; y sería violentísimo para el testigo su traslación, porque si es hombre de trabajo, tendría que abandonarlo también, debiendo entrar en gastos é incomodidades del viaje, si la ley misma no le proporciona recursos y comodidades, que pesarían tanto sobre el Erario público que sería imposible proveerlos para todos los casos, como sería de justicia tratándose de procesos que se sigan de oficio.

Véase, pues, si no ha de ser mucho más conveniente que los Jueces se comisionen unos á otros, ó den comisión á otros funcionarios, que les deben su concurso en la administración de justicia.

Art. 386.—Cuando una diligencia judicial hubiere de ser ejecutada por un Juez ó Tribunal distinto del que la haya ordenado, éste encomendará su cumplimiento por medio de suplicatorio, exhorto ó mandamiento. Empleará la forma del suplicatorio cuando se dirija á un Juez ó Tribunal superior en grado; la de exhorto cuando se dirija á uno de igual grado, y la de mandamiento ó carta-orden cuando se dirija á un subordinado suyo.

Conc.: art. 184 de la Ley de Enj. Crim. Española.

Art. 387.—El Juez ó Tribunal que haya ordenado la práctica de una diligencia judicial no podrá dirigirse á Jueces ó Tribunales de categoría ó grado inferior que no le estuvieren subordinados, debiendo entenderse directamente con el superior de éstos que ejerza jurisdicción en el mismo grado que él.

Se exceptúan los casos en que expresamente se disponga otra cosa en la Ley.

Conc.: art. 185 de la Ley de Enj. Crim. Española.

Dentro de cada departamento de la República puede decirse que hay establecido un orden de dependencia entre los jueces de distinta categoría, según el grado de su jurisdicción. Por esta organización los jueces no tienen sino un superior inmediato, del que deben cumplir órdenes. Por su parte, aquéllos no pueden dar órdenes directas más que á sus inferiores y subordinados; y para no quebrantar aquella organización, cuando tengan que hacer realizar algún acto judicial en territorio distinto del suyo, debiendo ser encargado de esta operación algún juez inferior, no pueden dirigirse directamente á éste, sino que deben dirigirse al Superior de ese distinto lugar, para que él á su vez mande al inferior.

Supongamos que un Juez de Paz del Salto debe tomar declaración á un testigo, por comisión de un Juez de lo Penitenciario de Montevideo. No será correcto que este último ordene directamente á aquél esa diligencia, sino, será más, que se dirija por exhorto al de su igual categoría del Salto, para que éste á su vez comisione en tal sentido al de Paz comprendido en su jurisdicción departamental.

Art. 388. – Para ordenar el libramiento de certificación ó testimonio y la práctica de cualquier diligencia judicial, cuya ejecución corresponda á Registradores de la propiedad, Notarios, Auxiliares ó subalternos de Juzgados ó Tribunales y funcionarios de Policía judicial que estén á las ordenes de los mismos, se empleará la forma de mandamiento.

Conc.: art. 186 de la Ley de Enj. Crim. Española.

Hay diligencias que, si bien son ó se conceptúan judiciales, no pueden ser practicadas por los Jueces ó Tribunales, como son las anotaciones ó inscripciones en los registros de propiedad y las certificaciones de los registradores, la expedición de copias de documentos públicos autorizados por escribano, etc.; y para esto, se considera á dichos depositarios de la fe pública como subordinados al Tribunal ó Juzgado que requiere alguna de las funciones de su cargo ú oficio. Si el Juez ó Tribunal de su partido ó territorio los requiere directamente, débenle obediencia; pero, esa comunicación directa no procederá cuando esos funcionarios estén radicados en otro territorio jurisdiccional; entonces, el Juez requirente se dirigirá al de mayor categoría

de ese otro lugar, el cual tendrá facultad para ordenarles cuanto se requiere.

Art. 389. — Cuando los Jueces ó Tribunales tengan que dirigirse á autoridades ó funcionarios de otro orden, usarán la forma de oficios ó exposiciones, según el caso requiera.

Conc art 187 de la Ley de Enj. Criminal Española.

Art. 390. — Los suplicatorios, exhortos ó mandamientos en causas en que se persigan delitos que no sean de los que sólo por querella privada pueden ser perseguidos, se expedirán de oficio y se cursarán directamente para su cumplimiento por el Juez ó Tribunal que los hubiere librado.

Los que procedan de causas por delitos que sólo pueden ser perseguidos en virtud de querella particular podrán entregarse bajo recibo al interesado ó á su representante á cuya instancia se libraren, fijándole término para presentarlos á quien deba cumplirlos y devolverlos diligenciados.

Se exceptúan los casos en que expresamente se disponga otra cosa en la Ley.

Conc.: art. 188 de la Ley de Enj. Crim. Española.

La palabra *podrán* del tercer parágrafo de este segundo artículo, significa la facultad que tendrán los Jueces de entregar al interesado que pide el cumplimiento de cierta diligencia, el exhorto, suplicatorio, etc., que fuere correspondiente. El Juez usará de esa facultad cuando no sospechare que dicho interesado también lo es en demorar el fiel cumplimiento de la diligencia, y por el contrario, obrará de buena fe.

Art. 391. — La persona que reciba los libramientos expresados en los artículos que anteceden, los presentará en el término que se le hubiese fijado, al Juez ó Tribunal á quien se haya encomendado el cumplimiento de la diligencia respectiva.

Al verificar la presentación, el funcionario receptor ex-

tenderá diligencia á continuación del suplicatorio, exhorto, mandamiento ó carta-orden, expresando la fecha de su entrega y la persona que lo hubiese presentado, á la que dará recibo, firmando ambos la diligencia. Dicho funcionario dará además cuenta al Juez ó Tribunal remitente en el mismo día, y si no fuere posible, en el siguiente.

Conc.: art. 189 de la Ley de Enj. Crim. Española.

Art. 392.—Cuando hubieren sido remitidos de oficio, el Juez ó Tribunal que los reciba acusará inmediatamente el recibo al remitente.

Conc.: art. 190 de la Ley de Enj. Crim. Española.

Todas estas disposiciones se encaminan á que sean discernidas las responsabilidades de los magistrados, litigantes y funcionarios que intervienen en la expedición, entrega y recepción de los documentos que se expresan, en lo tocante al puntual y muy leal cumplimiento de las diligencias á que se refieren.

Art. 393.—El Juez ó Tribunal que reciba, ó á quien sea presentado un suplicatorio, exhorto ó carta-orden, acordará su cumplimiento, sin perjuicio de reclamar la competencia que estimare corresponderle, disponiendo lo conducente para que se practiquen las diligencias dentro del plazo si se hubiere fijado en el exhorto, ó lo más pronto posible en otro caso.

Una vez cumplimentado, lo devolverá sin demora en la misma forma en que lo hubiere recibido ó en que se le hubiere presentado.

Conc.: art. 191 de la Ley de Enj. Crim. Española.

La diligencia, suplicada, exhortada ú ordenada puede quizás ser ó no de la competencia del Juez ó Tribunal requerido; el mismo asunto principal tal vez lo fuera; y en todos esos casos bien podría caber una contienda ó reclamación de competencia. Si esto, en materia civil daría mérito á la suspensión de la diligencia hasta resolver el incidente

suscitado, no puede admitirse en lo penal, atento á la gravedad del asunto y su relativa urgencia. De manera, pues, que el Juez ó Tribunal comisionado, sin perjuicio de hacer valer sus derechos de competencia, debe cumplir siempre sin demoras la comisión.

Art. 394. — Cuando se demorare el cumplimiento de un suplicatorio más tiempo del absolutamente necesario para ello, atendida la distancia y la índole de la diligencia que haya de practicarse, el Juez ó Tribunal que le hubiese expedido remitirá de oficio ó á instancia de parte, según los casos, un recuerdo al Juez ó Tribunal suplicado. Si la demora en el cumplimiento se refiriese á un exhorto, en vez de recuerdo, dirigirá suplicatorio al superior inmediato del exhortado, dándole conocimiento de la demora, y el superior apremiará al moroso con corrección disciplinaria, sin perjuicio de la mayor responsabilidad en que pueda incurrir.

Del mismo apremio se valdrá el que haya expedido una carta-orden ó un mandamiento, para obligar á su inferior moroso á que la devuelva cumplimentada.

Conc.: art 192 de la Ley de Enj. Crim. Española.

El objetivo de este artículo es evitar que el cumplimiento de los suplicatorios, exhortos, cartas-órdenes y mandamientos sufra retrasos por olvidos ó por descuidos y preferencias injustificadas que se den al trámite de otros negocios, lo que sería un abuso.

No bastaría el simple recuerdo si no hubiese una sanción penal-disciplinaria contra aquellos funcionarios omisos, que ya no podrán excusarse sin justificar la excusa.

Art. 395. — Los exhortos á Tribunales extranjeros se dirigirán por la vía diplomática, ó en la forma establecida en los Tratados.

Se estará al principio de reciprocidad, si no hubiere tratados, ó si la vía diplomática hubiese caído en desuso.

Conc.: art. 193 de la Ley de Enj. Crim. Española.

Art. 396.—Las mismas reglas establecidas en el artículo anterior se observarán para dar cumplimiento en la República á los exhortos de Tribunales extranjeros, por los que se requiera la práctica de alguna diligencia judicial.

Conc.: art. 194 de la Ley de Enj. Crim. Española.

Los exhortos á Tribunales ó Juzgados extranjeros han de ir por la vía diplomática; han de estar redactados en la forma ordinaria, insertándose en ellos la cláusula de ofrecer *reciprocidad* para el cumplimiento en la República de iguales despachos; y han de elevarse directamente por cada Juzgado al Ministerio de Gobierno (que actualmente es también el de *Justicia)* para que á su vez lo pase al de Relaciones Exteriores, de donde seguirá al de la misma especie del país á que va destinado, y allí recibirá el trámite que señalen las leyes del lugar ó los tratados. Aun puede ocurrir que este procedimiento se modifique, merced á ciertos tratados; pero es el que generalmente se sigue en todas partes.

Art. 397.— Con las autoridades, funcionarios, agentes y jefes de fuerza armada, que no estuvieren á las órdenes inmediatas de los Jueces y Tribunales, se comunicarán éstos por medio de atentos oficios, á no ser que la urgencia del caso exija verificarlo verbalmente, haciéndolo constar en la causa.

Conc.: art. 195 de la Ley de Enj. Crm Española.

Art. 398.— Los Jueces y Tribunales se dirigirán directamente en la forma de exposición, por conducto del Ministerio de Gobierno, á los Cuerpos Colegisladores, á los Ministros de Estado, á la Archidiócesis; tanto para que auxilien á la Administración de Justicia en sus propias funciones, como para que obliguen á las autoridades, sus subordinadas, á que suministren los datos ó presten los servicios que les hubieren pedido. Las quejas al respecto las interpondrá el Tribunal Superior de Justicia, á quien los inferiores darán cuenta de las omisiones en que incurran ó estorbos que

opongan los Agentes del Ejecutivo ó de otro Poder del Estado.

Conc.: art. 196 de la Ley de Enj. Crim. Española.

Supone este artículo último que los Jueces ó Tribunales pueden recabar directamente de las autoridades político administrativas de cualquier categoría, los auxilios y diligencias que fueren necesarios á la administración de justicia; y para el caso que esas autoridades subalternas no cumplieran debidamente, establece el mismo artículo que dichos Magistrados ó Tribunales se dirigirán á los superiores en grado sumo, para que les impongan el cumplimiento de su obligación sobre el particular.

Por acordada del Excmo. Superior Tribunal de Apelaciones de la República Oriental, del 21 de Octubre de 1881, se estableció: « que los « jueces, en sus relaciones con los agentes del Poder Ejecutivo, no « tienen facultad para interponer directamente reclamaciones de nin« gún género en los casos en que sus mandatos no sean atendidos, ó « son contrariados, debiendo limitarse siempre á dar cuenta al « Excmo. Tribunal, para que éste interponga las quejas á que haya « lugar.

« Que tampoco les es dado entrar en explicaciones ni en discusiones « sobre la procedencia ó improcedencia de sus actos ó resoluciones, « porque ellas producen siempre, según lo prueba la experiencia, inci« dentes desagradables, de gran trascendencia para el servicio públi« co, y porque jamás dan resultados benéficos, siendo, por esta razón, « de suma conveniencia que los jueces se limiten siempre á comunicar « en términos precisos y concisos sus resoluciones, pidiendo el auxilio « ó protección á que haya lugar.

« Que es altamente vituperable en un Juez, hacer apreciaciones hi« rientes é injuriosas sobre la conducta de los agentes del Poder Ejecu« tivo con quienes mantiene relaciones, ó sobre los procederes de otras « autoridades ó funcionarios públicos, en las notas ó comunicaciones « que dirija, porque empequeñece su elevada misión é introduce en « sus relaciones oficiales discordias y entredichos que dañan á los in« tereses públicos ».

TÍTULO XXII

CAPÍTULO ÚNICO

Generalidades acerca de los términos judiciales

Término, en la acepción de derecho, es el espacio de tiempo dentro del cual se ha de cumplir algún acto judicial.

La ley 1.ª, tít. 15, Part. 3.ª, explicaba el objeto jurídico de los *términos*, diciendo que era para « que las partes puedan buscar abogados que les aconsejen ó porque hayan tiempo en que sepan responder á la demanda, ó porque puedan aducir en juicio testigos ó privilegios, ó cartas para probar é averiguar lo que cumple á sus pleitos, « ó para tomar é seguir alzada, ó para facer ó cumplir toda otra cosa « que el judgador les mandase ».

Como se notará, el concepto que expresa esta ley es incompleto, porque no abarca los términos que corresponden al oficio de los jueces. pues que éstos deben tenerlos, para estudiar las causas y sus incidencias y fallarlas, y también han de tenerlos sus auxiliares, para ejecutar las comisiones ó encargos que tuvieren por ministerio de la ley ó por mandato autorizado.

Aun cuando todos los términos emanan de la ley que directa ó indirectamente los establece y sanciona, se dividen en *legales*, si son fijados por la ley expresamente; en *judiciales*, si son fijados por los jueces ó Tribunales, con facultad para ello; en *convencionales*, si las partes los fijan de común acuerdo, sin impedimento de la ley; en *individuales* ó *particulares*, si sólo aprovechan á una de las partes; en *comunes*, cuando convienen y benefician á todas las partes; en *prorrogables*, si se pueden ampliar, é *improrrogables* á la inversa; en *perentorios*, si se conceden por última vez, con denegación de otro; en *probatorios*, si se emplearan para pruebas; etc., etc.

En materia penal, en que hay que proceder á la vez que en el interés de los individuos en el de la sociedad que demanda la más breve terminación de los procesos, debe ser un principio general la *improrrogabilidad* de los términos, y sólo por excepción podrá concederse la prórroga en los casos que determine la ley. Pero, también es un principio que los términos no sean tan cortos que ahoguen la defensa ni tan largos que causen dilaciones perjudiciales á la justicia ; de aquí que se acostumbre fijar en las leyes un máximum y un mínimum, dentro de los cuales señalarán un término los jueces ó Tribunales, adecuado á la importancia, variedad y naturaleza de lo que haya de eje-

cutarse en él, pudiéndosele prorrogar hasta el máximum si hubiese necesidad ó conveniencia para quienes hubieren de utilizarle para el mejor esclarecimiento de los hechos ó mejor exposición y defensa del derecho.

Art. 399. — Las resoluciones y diligencias judiciales se dictarán, practicarán y surtirán efectos dentro de los términos señalados para cada una de ellas por la Ley.

Conc : art. 197 de la Ley de Enj. Crim. Española.

Art. 400. — Cuando la Ley no fije término, se entenderá que han de dictarse y practicarse sin dilación.

La infracción de lo dispuesto en este artículo y en el anterior, será corregida disciplinariamente, según la gravedad del caso, sin perjuicio del derecho de la parte agraviada para reclamar la indemnización de daños y perjuicios y demás responsabilidades que procedan.

Conc.: art. 198 de la Ley de Enj. Crim. Española.

Art. 401. — Los Jueces y Tribunales impondrán en su caso dicha corrección disciplinaria á sus auxiliares y subalternos, sin necesidad de petición de parte; y si no lo hicieran, incurrirán á su vez en responsabilidad.

Conc.: art. 199 de la Ley de Enj. Crim. Española.

Art. 402. — Los que se consideren perjudicados por dilaciones injustificadas, podrán deducir queja ante el Juez de la causa, si los morosos fueren subalternos, ó ante el Tribunal Superior, si fuere moroso el mismo Juez ú otro de igual categoría ó que no fuere su subalterno, siguiéndose en cuanto fuere aplicable el procedimiento indicado en los artículos 647-650.

Siempre que por la Ley ó por los Tribunales y jueces se señale un término dentro del cual se ha de dictar resolución ó se ha de practicar algún acto, esto deberá hacerse dentro de ese término. Si no se

fija ese *término* se entenderá que hay que cumplir á la mayor brevedad posible. La infracción á cualquiera de estas reglas apareja responsabilidad civil y disciplinaria, y *nulidad* si la Ley exprofeso la establece en ciertas circunstancias.

La corrección disciplinaria de que trata el artículo 401 se aplicará de plano, de oficio ó á petición de parte; y la responsabilidad correccional en que incurran los jueces ó Tribunales que no la apliquen, se hará efectiva por el Superior de éstos á que fuere la causa, ya por queja directa de las partes ó por cualquier otra razón, aunque fuere accidental.

La responsabilidad civil de dichos funcionarios será objeto de una litis ordinaria que se seguirá á querella del damnificado, ante la jurisdicción civil, una vez declarado por el Superior competente que hay lugar á castigo disciplinario.

Art. 403.—Los días en que los Juzgados y Tribunales vacaren ó estuvieren en feria con sujeción á la Ley, serán sin embargo, hábiles para las actuaciones del Sumario.

Conc.: art. 201 de la Ley de Enj. Crim. Española.

Art. 404.—Serán improrrogables los términos judiciales cuando la Ley no disponga expresamente lo contrario. Pero podrán suspenderse ó abrirse de nuevo si fuere posible, sin retroceder el juicio del estado en que se halle, cuando hubiere causa justa y probada. Se reputará causa justa la que hubiere hecho imposible dictar la resolución ó practicar la diligencia ó acto judicial independiente de la voluntad de quienes hubiesen debido hacerlo. De toda resolución al respecto no habrá recurso alguno.

Para la computación de todo término común á las partes, se contarán los días desde el siguiente al de la última notificación. Para la de término particular, se contarán los días desde el siguiente al de la notificación de la parte que deba usar de él. Cuando el último día de un término sea feriado, no se contará.

Conc.: art. 202 de la Ley de Enj. Crim. Española—art. 604 del Cód. de P. Civil de la Rep. O. del Uruguay.

La *causa justa* á que se refiere el artículo que precede, es la *fuerza mayor*.

Documentos oficiales

Nota al Ministerio de Fomento sobre las reformas introducidas por el Consejo de Instrucción Secundaria y Superior en el Reglamento General de la Universidad.

Montevideo, Enero 15 de 1902.

Excmo. señor Ministro de Fomento:

En nombre del Consejo de Instrucción Secundaria y Superior, y con arreglo á lo que dispone el artículo 34, inciso 1.º de la ley de 14 de Julio de 1885, tengo el honor de someter á la aprobación del Poder Ejecutivo el adjunto proyecto de reformas del Reglamento General de la Universidad sancionado por el mismo Consejo.

Esas reformas recaen sobre los artículos 3, 5, 10, 11, 12, 13, 48, 50, 51, 59, 63, 70, 80 y 104, y se refieren principalmente á la Facultad de Medicina.

Como explicación y justificación de ellas acompaño: 1.º el expediente original en que figuran tanto la nota con que el señor Decano doctor José Scoseria acompañó su proyecto de reformas del Plan de Estudios de la Facultad de Medicina, como los dictámenes sobre el mismo proyecto evacuado por las Comisiones especiales que para el efecto fueron nombradas; 2.º una copia autorizada de la exposición que el mismo señor Decano hizo ante el Consejo con relación á las reformas del Plan de Estudios de Farmacia (1).

---

(1) La exposición de motivos con que acompañó el señor Decano, doctor Scoseria, su Plan de reformas en la Sección de Farmacia, es la siguiente:

«El Plan de Estudios de Farmacia tiene, como ya tuve ocasión de decirlo otra vez en el seno del Honorable Consejo Universitario, el defecto gravísimo de obligar á los estudiantes que siguen aquella carrera, á cursar las asignaturas del primer año conjuntamente con los estudiantes de Medicina y á rendir examen de las mismas materias con idénticos programas, viéndose así necesariamente compelidos á adquirir multitud de conocimientos que no tienen para el farmacéutico mayor importancia y que serán muy pronto olvidados por falta de aplicación.

Paso ahora á indicar brevemente las razones principales en que se ha fundado el Consejo para sancionar las reformas que propone de los artículos 48 y 50.

«La Física, la Química y la Historia Natural podrán figurar como *ciencias auxiliares* en el plan de estudios de Medicina, pero no en el de Farmacia, porque el conocimiento de esas ciencias es fundamental para el farmacéutico; la Física, la Química y la Historia Natural, tienen para el farmacéutico la importancia que tienen para el médico la Anatomía y la Fisiología.

«Aquellas ciencias no pueden, por consiguiente, ser cursadas por alumnos de Medicina y de Farmacia con arreglo á los mismos programas, porque es completamente distinto el desarrollo que debe dárseles en cada una de esas carreras y distinto también el punto de vista desde el cual se estudian; y si fué justificable que la confusión se hiciera hace ya muchos años, cuando se incorporaron los estudios de Farmacia á la Facultad de Medicina, porque ésta entonces recién había completado el Plan de sus estudios y no podía pretenderse la creación de cátedras especiales de Farmacia, no puede actualmente invocarse ninguna razón que justifique la postergación de una reforma que desde hace largo tiempo reclaman urgentemente: el rápido desarrollo adquiridó por la Facultad de Medicina, la buena organización de la Sección de Farmacia y el progreso y mejoramiento de nuestro ambiente científico.

«El Honorable Consejo entendió que ya era tiempo de iniciar la reforma cuando resolvió crear, por indicación mía, una cátedra de Física farmacéutica, exonerando á los estudiantes de Farmacia de la obligación en que estaban, por el Plan vigente de Estudios, de seguir el curso de Física médica; en el proyecto de reforma del artículo 11 del Reglamento, que he formulado y presentado al Honorable Consejo, se completa esta reforma separando, de acuerdo con el criterio que debe prevalecer, los cursos de Farmacia de los de Medicina.

«El inconveniente apuntado, que bastaría por sí sólo para demostrar la conveniencia de la reforma radical que se propone, no es el único que presenta, á mi juicio, el Plan de Estudios de Farmacia: ese Plan está, además, mal distribuído, pues acumula en el segundo año el estudio de la Historia Natural y el de Farmacia química y galénica, estudio que comprende la casi totalidad de los conocimientos que, según dicho Plan, ha de poseer el farmacéutico, siendo también incompleto, porque falta en él un curso de Materia farmacéutica, la más importante de las asignaturas de la carrera; no exige tampoco siquiera algunas nociones de Legislación sobre Farmacia, que tan indispensables son para el ejercicio profesional, y por último, es hasta deficiente desde el punto de vista de la enseñanza experimental, porque no establece los trabajos práticos obligatorios.

«No obstante estas deficiencias del Plan de Estudios, los alumnos de Farmacia salen de nuestra Facultad con aptitudes suficientes para ejercer con conciencia la profesión á que se dedican, pero con una preparación científica insuficiente, dada la misión que están llamados á desempeñar los farmacéuticos. Ya lo he dicho otra vez en el Consejo: no basta que la Universidad prepare *boticarios*, escrupulosos ejecutores de las prescripciones médicas ó comerciantes en drogas y especialidades; es necesario que tienda á hacer del farmacéutico un inteligente y eficaz auxiliar del médico, no sólo en la preparación de los medicamentos, sino en las múltiples aplicaciones de las ciencias físico-naturales á las ciencias biológicas y un profesional suficientemente preparado para abordar el estudio de las cuestiones prácticas que se relacionan con las ciencias á que dedica su actividad intelectual.

«Entre nosotros las ciencias físico-naturales, que son los más importantes factores del progreso moral y material de los pueblos, no son cultivadas sino por un reducido número de personas, por la falta de una Facultad de Ciencias ó de cátedras especiales donde sean enseñadas y puedan ser estudiadas, no con fines especulativos, sino del punto de vista de sus *aplicaciones prácticas*. De aquí resulta que sean desconocidas todavía muchas de las riquezas naturales de nuestro suelo, y que la ganadería, la agricultura, las industrias y el comercio mismo, no hayan adquirido entre nosotros, por falta de auxiliares técnicos bien preparados, el grado de adelanto y el desenvolvimiento á que han llegado en otros países en los que todo se espera de la ciencia y nada se confía á la rutina.

El artículo 19 de la ley de 25 de Noviembre de 1889 establece que: « los estudiantes que hayan dejado de rendir examen de alguna ó al- « gunas materias, podrán prestarlo en el mes de Julio del año siguiente, « sin perjuicio de otorgarles matrícula condicional *para el curso inme-* « *diato superior* ».

¿Debe interpretarse esta disposición legal en el sentido de que el estudiante que no ha terminado el bachillerato tiene derecho para *ingresar* desde luego *en las Facultades Superiores* á condición de rendir en el próximo período extraordinario los exámenes de preparatorios que le falten?

El Consejo entiende que no. Á su juicio, la interpretación más legítima del citado artículo 19 de la ley de 25 de Noviembre de 1889 es la de que existe el derecho de pasar *de un curso determinado á otro inmediatamente superior, dentro de la Facultad ó Sección en que se halle el estudiante*, pero no el de *ingresar* en una Facultad Superior no habiendo terminado completamente los estudios preparatorios requeridos

« El Plan de Estudios de Farmacia que tengo el honor de someter á la consideración del Honorable Consejo, á la vez que completa los estudios de aplicación profesional, procura dar á los futuros farmacéuticos una sólida preparación en las ciencias llamadas á las grandes y proficuas aplicaciones, lo que facilitará á la juventud estudiosa que abrace esta carrera, los medios de orientarse por otras vías actuando como importante factor de nuestro progreso material y científico.

« En el nuevo Plan de Estudios se crean algunos cursos no explicados hasta hoy: Química ampliada, Física farmacéutica, Materia farmacéutica, Legislación sobre Farmacia, dividiéndose las asignaturas de Análisis químico en dos cursos: análisis general y análisis aplicado, y la de Farmacia en dos también, destinando uno á la Farmacia química y el otro á la Farmacia galénica. Habría sido también necesario dividir, como habrá que hacerlo más adelante, el curso de Historia Natural en dos años, destinando el primero á la Mineralogía, Hidrología y Botánica general, y el segundo á la Taxonomía botánica y á la Zoología; pero he tenido forzosamente que renunciar á ello por falta absoluta de personal. Sólo por este motivo, que espero desaparecerá pronto, es que figura una materia tan importante como la Historia Natural limitada á un solo curso.

« La creación de las nuevas cátedras que figuran en el Plan propuesto y las erogaciones que se producirán por esta causa no deben influir en el ánimo del Honorable Consejo como motivo suficiente para desechar la reforma que preconizo, si la creyera aceptable por las razones que he aducido para prestigiarla. Sólo sería necesario aumentar el material de algunos laboratorios dotándolos de mayores elementos y adquirir varias colecciones para la enseñanza de la Historia Natural y de la Materia farmacéutica.

« No hay que temer se produzcan en mucho tiempo recargos en el presupuesto, porque la Facultad, además de sus tres Profesores de Farmacia presupuestados, tiene en sus laboratorios un personal suficiente de ayudantes: Farmacéuticos bien preparados y entusiastas por su profesión, con los cuales puede contar para organizar los nuevos cursos y los trabajos prácticos; puede contar también con otros farmacéuticos, salidos de nuestra Facultad, que se han mostrado celosos partidarios de la reforma que proyecto, dispuestos á prestar su concurso desinteresado para que ella pueda ser llevada á buen término.

« Por las consideraciones que acabo de exponer ligeramente, en obsequio á la brevedad y que creo innecesario hacerlas más abundantes entrando á exponer otras razones, puesto que el Honorable Consejo se habrá penetrado ya de la importancia y proyecciones de la reforma propuesta, espero que prestará su sanción al artículo sustitutivo del que lleva el mismo número del Reglamento General ».

para ello. Para pensar así, el Consejo se funda en el texto del referido artículo, el cual no habla sino de *curso inmediato superior*, — en la historia fidedigna de la sanción del mismo artículo, de la que no resulta indicio alguno en el sentido de que el legislador haya querido hacer extensivo al ingreso en las Facultades Superiores el derecho de obtener matrícula condicional, — y en fin, en lo que disponen los artículos 12 de la ley de 14 de Julio de 1885 y 4, inciso 2.º de la de 25 de Noviembre de 1889.

Con todo, hasta ahora ha venido permitiéndose que los estudiantes que no han concluído los preparatorios ingresen desde luego en las Facultades Superiores, á condición de rendir en el próximo período extraordinario los exámenes que le falten. Esta práctica no constituye un verdadero derecho, sino una tolerancia ó concesión, y si bien no sería equitativo el suprimirla desde luego en absoluto, conviene por lo pronto limitarla en términos razonables y dejar establecido que solamente subsistirá por un tiempo, ó sea como régimen transitorio.

Lo regular es que no se ingrese en las Facultades Superiores sino después de haber terminado todos los estudios preparatorios del caso; y si se hace una excepción á esto, á título de tolerancia transitoria, esa excepción no puede referirse sino á las materias de enseñanza secundaria cuyo previo conocimiento no sea necesario para poder entrar á cursar con provecho el primer año en aquellas Facultades

Saludo muy atentamente á V. E.

PABLO DE-MARÍA.
Enrique Azarola,
Secretario.

Ministerio de Fomento.

Montevideo, Enero 16 de 1902.

Vista al señor Fiscal de Gobierno.

PACHECO.

Excmo. señor:

Este Ministerio nada tiene que observar al proyecto de reforma de los artículos 3, 5, 10, 11, 12, 13, 48, 50, 51, 59, 63, 70, 80 y 104 del Reglamento General de la Universidad que se acompaña, y en consecuencia no ve inconveniente en que V. E. les preste su superior apro-

bación pasándolo de nuevo al H. Consejo Universitario para su debido cumplimiento.

V. E. resolverá, sin embargo, lo que juzgue más acertado.

Montevideo, Enero 23 de 1902.

José M.ª Reyes.

Ministerio de Fomento.

Montevideo, Febrero 7 de 1902.

Vistos: De acuerdo con el Fiscal de Gobierno y por los motivos y consideraciones expuestas por el Consejo de Instrucción Secundaria y Superior que constan en los antecedentes acompañados y en la nota de remisión del señor Rector, autorizándose las modificaciones y reformas propuestas á los artículos 3, 5, 10, 11, 12, 13, 48, 50, 51, 59, 63, 70, 80 y 104 del Reglamento General de la Universidad.

Á sus efectos, devuélvase con oficio y publíquese.

CUESTAS.
ALFONSO PACHECO.

Montevideo, Febrero 8 de 1902.

Con la resolución dictada por el Gobierno y á sus efectos, devuelvo á V. S. el proyecto de reformas al Reglamento General de la Universidad que elevó á consideración del Gobierno por nota de fecha 15 de Enero próximo pasado.

Saludo á V. S. atentamente.

ALFONSO PACHECO.

Reformas del Reglamento General de la Universidad sancionadas por el Consejo de Instrucción Secundaria y Superior

Artículo 3

Los cursos preparatorios para ingresar al estudio de Farmacia y Odontología, abrazarán las materias que á continuación se expresan:

FARMACIA

Gramática Castellana y Latín, Francés, Aritmética, Álgebra, Geometría y Trigonometría, Física, Química, Historia Natural, Gimnástica.

ODONTOLOGÍA

Francés, Aritmética, Álgebra, Geometría y Trigonometría, Física, Química, Zoología, Gimnástica.

Artículo 5

Los cursos preparatorios para Farmacia y Odontología, tendrán la duración y distribución siguientes:

FARMACIA

Primer año. — Gramática Castellana y Latín, primer curso; Aritmética; Francés, primer curso; Historia Natural (Zoología General); Gimnástica, primer curso.

Segundo año. — Gramática Castellana y Latín, segundo curso; Física, primer curso; Álgebra; Francés, segundo curso; Historia Natural, (Zoografía); Gimnástica, segundo curso.

Tercer año. — Gramática Castellana y Latín, tercer curso; Física, segundo curso; Geometría y Trigonometría; Francés, tercer curso; Química, primer curso; Gimnástica, tercer curso.

Cuarto año. — Historia Natural (Botánica); Química, segundo curso; Historia Natural (Mineralogía y Geología); Gimnástica, cuarto curso.

ODONTOLOGÍA

Primer año. — Aritmética; Francés, primer curso; Historia Natural, (Zoología General); Gimnástica, primer curso.

Segundo año. — Química, primer curso; Física, primer curso; Álgebra; Francés, segundo curso; Historia Natural (Zoografía); Gimnástica, segundo curso.

Tercer año. — Geometría y Trigonometría; Francés, tercer curso; Química, segundo curso; Física, segundo curso; Gimnástica, tercer curso.

Artículo 10

El curso de Medicina y Cirugía para optar al título de doctor durará seis años y comprenderá las materias que á continuación se expresan :

Primer año. — Física Médica ; Química Médica y Biológica ; Historia Natural Médica ; Anatomía, Disección y ejercicios prácticos de Física ; ídem de Química ; ídem de Historia Natural.

Segundo año. — Anatomía é Histología ; Fisiología ; Disección y ejercicios prácticos de Histología ; ídem de Fisiología.

Tercer año. — Patología General ; Anatomía Patológica ; Patología Médica ; Patología Quirúrgica ; Clínica Semiológica (Médica y Quirúrgica).

Ejercicios prácticos de Anatomía Patológica ; ídem de Bacteriología.

Cuarto año. — Patología Médica ; Patología Quirúrgica ; Materia Médica y Terapéutica ; Clínica Médica ; Clínica Quirúrgica.

Quinto año. — Anatomía Topográfica y Operaciones ; Obstetricia y Ginecología ; Clínica Médica ; Clínica Quirúrgica ; Ejercicios prácticos de Medicina Operatoria.

Sexto año. — Higiene ; Medicina Legal ; Clínica Obstétrica ; Clínica de niños ; (Medio año escolar cada una).

Ejercicios prácticos de Higiene ; ídem de Medicina Legal.

Deberán además cursarse como complementarias de las Clínicas Médica y Quirúrgica, en la forma que establezcan los Reglamentos internos, las Clínicas : Ginecológica, Oftalmológica, Oto-rino Laringológica y Dermo-sifilopática.

Artículo 11

El curso de Farmacia durará tres años y se distribuirá de la manera siguiente :

Primer año. — Química ampliada ; Física Farmacéutica ; Historia Natural ; Trabajos prácticos de Química, Física, Historia Natural y Micrografía. Práctica Farmacéutica.

Segundo año. — Farmacia Química, Análisis Químico General, Materia Farmacéutica ; Trabajos prácticos de Farmacia Química, Análisis Químico y Bacteriología ; Práctica Farmacéutica.

Tercer año. — Farmacia Galénica ; Análisis Químico aplicado ; Toxicología, Legislación sobre Farmacia ; Trabajos prácticos de Farmacia Galénica, Análisis Químico y Toxicología ; Práctica Farmacéutica.

La asignatura de Legislación sobre Farmacia no será materia de un curso completo. El Consejo de Instrucción Secundaria y Superior, la anexará á alguna de las otras cátedras.

Artículo 12

El curso de Odontología durará dos años y se distribuirá de la siguiente manera:

Primer año. — Sistema dentario; Anatomía de la boca y de la faringe; Ejercicios de Disección; Práctica de laboratorio; Clínica Odontológica.

Segundo año. — Patología de la boca y dentaria; Terapéutica y protesis dentarias; Práctica de protesis; Clínica Odontológica.

Artículo 13

El curso de Obstetricia (para partera) durará tres años y se distribuirá de la siguiente manera:

Primer año. — Anatomía y Fisiología preparatorias; Anatomía y Fisiología Tocológicas, (embarazo, parto y post-partum normales).

Segundo año. — Patología del embarazo y del post-partum; Distosia materna y fetal; Operaciones Obstétricas; Clínica Obstétrica.

Tercer año.—Asistencia al curso de obstetricia y ginecología; Clínica Obstétrica.

Artículo 48

A—Los incisos primero, segundo y tercero del artículo 47, se refieren á la matrícula definitiva.

Los alumnos que no hayan terminado los estudios preparatorios exigidos respectivamente para el ingreso en las Facultades Superiores, podrán obtener matrícula condicional en dichas Facultades, pero será necesario para ello:

1.º Que no les falten más que dos exámenes.

2.º Que los exámenes que les falten no sean de materias declaradas exceptuadas.

Se declaran exceptuadas del beneficio de esta disposición:

Para los alumnos que deban ingresar en los cursos de abogacía:

Gramática Castellana y Latín, Literatura genèral, Historia Nacional y Americana, Historia Universal, Filosofía, Francés.

Para los que deban ingresar en los cursos de Medicina: Aritmética, Álgebra, Geometría, Trigonometría, Física, Química, Historia Natural, Francés.

Para los que deban ingresar en los cursos de Farmacia: Aritmética, Álgebra, Geometría, Trigonometría, Francés, Física, Química, Historia Natural.

Para los que deban ingresar en los cursos de Odontología: Francés, Álgebra, Geometría y Trigonometría, Física, Química, Zoología.

Para los que deban ingresar en los cursos de la Facultad de Matemáticas: Francés, Aritmética, Álgebra, Geometría y Trigonometría, Física, Química, Dibujo lineal, Mineralogía y Geología, Revisión y ampliación de Matemáticas

La matrícula condicional caducará si el alumno que la ha obtenido no presta con buen éxito en el período extraordinario de Mayo los exámenes de preparatorios que le falten.

La concesión acordada por el presente artículo no es aplicable al ingreso en Notariado, Contabilidad ú Obstetricia y tiene carácter transitorio. Desde el 31 de Diciembre de 1904 en adelante, no se podrá ingresar en las Facultades Superiores sino con matrícula difinitiva.

B—En la Facultad de Medicina para poder inscribirse en las asignaturas de un año, bastará que haya ganado el estudiante todos los cursos del año anterior. La inscripción para los cursos del tercer año requerirá además que el estudiante haya rendido con aprobación todos los exámenes del primer grupo establecido por el artículo 59. Se concederá, sin embargo, matrícula condicional á los estudiantes que no hayan rendido examen ó que habiéndolo prestado no hubiesen obtenido aprobación en las materias accesorias de ese primer grupo, entendiéndose por tales las de Física, Química é Historia Natural.

Para que dicha matrícula sea válida es necesario que el estudiante rinda examen, con aprobación, de las asignaturas que le faltaban para completar el primer grupo de exámenes en el siguiente período de Mayo; en caso contrario, quedará anulada.

Artículo 50

Los estudiantes de la Universidad no están obligados á matricularse anualmente en todas las asignaturas que abrace el curso entero de un año; pero no se concederá matrícula de una asignatura sin que conste que el estudiante ha sido aprobado en todas las del año anterior.

Sin embargo, cuando un estudiante ha dejado de rendir examen de alguna ó algunas materias ó no ha sido aprobado en ellas, podrá solicitar en la Sección ó Facultad en que se halle, que se le matricule condicionalmente en el período siguiente, comprometiéndose á dar examen de la asignatura ó asignaturas atrasadas en el período extraordinario.

No obteniendo aprobación quedará sin efecto la matrícula concedida, salvo que el estudiante quede con una sola asignatura del período anterior, en cuyo caso podrá seguir cursando las asignaturas que

dicha matrícula comprenda, si son de las que no admiten examen libre, juntamente con la atrasada, á condición de dar examen de ésta en el período de Noviembre, antes de aquéllas.

Si no fuere aprobado en la asignatura atrasada, la matrícula condicional quedará entonces completamente anulada y no surtirá efectos de ninguna clase. En el mismo caso que los reprobados estarán los estudiantes que por desistimiento de examen quedaren con una sola asignatura atrasada. En el caso de quedar sin efecto la matrícula condicional por no haber el estudiante cumplido la condición de que ella dependía no tendrá derecho aquél para pedir la devolución del impuesto pagado por la misma matrícula condicional

Artículo 51

Los estudiantes tienen el deber de asistir con puntualidad á las lecciones y ejercicios de enseñanza de los cursos en que se hallan matriculados. Cuarenta faltas de asistencia cuando los cursos ó ejercicios sean diarios y veinte cuando sean alternados, producirán la pérdida del curso. En las clases que funcionen menos de tres veces por semana ó que no funcionen en todo el año escolar se perderá el curso con un total de faltas igual á la quinta parte del número de días hábiles en que ha debido funcionar la clase. Se exceptúa, en cuanto á los cursos de clínicas, á los alumnos que desempeñen las funciones de practicantes titulares en los establecimientos dependientes de la Comisión Nacional de Caridad y Beneficencia Pública; dichos alumnos ganarán los cursos referidos en la forma y condiciones que establezca el Reglamento interno de la Facultad de Medicina.

Artículo 52

Debe rendirse examen parcial de cada una de las materias que abrazan los cursos anuales obligatorios de Enseñanza Secundaria y Superior.

Se exceptúan las asignaturas de la Facultad de Medicina que comprendan dos ó más cursos, las cuales serán materia de un solo examen que abarcará la asignatura completa.

Las materias que forman el curso de Medicina y Cirugía se hayan divididas, desde el punto de vista de los exámenes, en los cinco grupos siguientes:

Primer grupo.—Física Médica; Química Médica y Biológica; Historia Natural Médica; Anatomía é Histología; Fisiología.

Segundo grupo.—Patología General; Anatomía Patológica; Semiología Clínica.

Tercer grupo.—Patología Médica; Patología Quirúrgica; Materia Médica y Terapéutica.

Cuarto grupo.—Anatomía Topográfica y Operaciones; Obstetricia y Ginecología.

Quinto grupo.—Higiene ; Medicina Legal ; Clínica Médica ; Clínica Quirúrgica; Clínica Obstétrica; Clínica de Niños.

Para el examen de las materias de cada uno de estos cinco grupos podrán los estudiantes seguir el orden que más les convenga; pero no podrán rendir examen de ninguna de las asignaturas de un grupo sin haber sido aprobados en uno ó más períodos de exámenes anteriores en todas las que comprende el grupo precedente.

No obstante, el examen de Clínica Semiológica podrá acumularse con los del tercer grupo y los de Higiene y Medicina Legal podrán ser rendidos facultativamente en el cuarto ó en el quinto grupo.

Artículo 63

Los exámenes ordinarios, reglamentados y libres de estudios superiores. empezarán el once de Noviembre, y los de estudios secundarios, el tres del mismo mes.

Los exámenes extraordinarios se verificarán en Mayo; los de ingreso, que se rindan en la Sección de Enseñanza Secundaria, en la segunda quincena del mes de Octubre y en la segunda del mes de Febrero, pudiendo los alumnos que sean aprobados en el último de estos períodos matricularse hasta el primero de Marzo, en los cursos á que deban ingresar.

Los dos precedentes incisos no rigen respecto de los exámenes parciales de la Facultad de Medicina, los cuales tendrán lugar en dos períodos: uno del tres de Noviembre al quince de Diciembre, y el otro del primero al treinta y uno de Mayo.

Los exámenes generales tendrán lugar en cualquier tiempo, á elección del candidato, con excepción de los meses destinados á exámenes anuales y á vacaciones.

Artículo 70

Los exámenes de Medicina y de Matemáticas Superiores se verificarán en la forma de interrogaciones orales, cuando se trate de asignaturas puramente teóricas, y en la forma de interrogaciones orales y de ejercicios prácticos en caso contrario. La duración máxima del examen oral será de quince minutos para los estudiantes reglamentados, y de treinta para los libres de Matemáticas.

En los exámenes de Medicina que abarquen dos ó más cursos, la

duración máxima del examen será de media hora. Los temas de los ejercicios prácticos serán fijados por la Mesa examinadora antes de dar principio á los exámenes orales, señalándose á cada examinando el tiempo que fuere necesario para la preparación de su trabajo.

Para el pago de los derechos de estos exámenes se aplicará la regla establecida en la parte final del artículo 60.

Artículo 80

Los exámenes generales de los cursos anexos á la Facultad de Medicina comprenderán lo siguiente:

En Farmacia: Una prueba oral de una hora sobre farmacia química y galénica, análisis químico general, materia farmacéutica, toxicología, primeros auxilios en caso de envenenamiento, legislación sobre farmacia.

Una prueba práctica sobre farmacia química y galénica, análisis químico aplicado, micrografía aplicada y reconocimiento de drogas y productos farmacéuticos.

En Odontología: Examen de dos casos clínicos, sobre los cuales disertará el candidato y será interrogado sobre la patología y terapéutica de ellos, pudiendo serlo además sobre toda la patología y terapéutica dentarias y de la boca.

Este examen tendrá como duración máxima la de una hora y el examinando podrá disponer además de treinta minutos para el reconocimiento de los dos enfermos.

Preparación de una pieza de protesis dentaria en el tiempo y condiciones que fijará la Mesa examinadora.

En Obstetricia: Examen de una hora sobre dos casos clínicos, para cuyo reconocimiento el Tribunal fijará el tiempo que crea necesario.

El examinando podrá también ser interrogado en anatomía y fisiología tocológicas y sobre toda la patología del embarazo.

Artículo 104

Los estudiantes que fueren reprobados en un examen parcial no podrán volver á rendirlo hasta el período ordinario siguiente, salvo lo dispuesto en el artículo 50. Los que fueren reprobados en alguna de las partes del examen general no podrán pedir que se les admita á probar nuevamente su suficiencia hasta después de tres meses; pero la aprobación obtenida en alguna ó algunas de dichas partes quedará subsistente.

Programa para los exámenes generales teóricos de Derecho, (Reglamento general, artículo 78, núm. 1)

« Las preguntas versarán sobre derecho civil, comercial y penal *codificado*, pudiendo referirse tanto al texto de los Códigos, como á la explicación del mismo texto, necesaria para fijar su inteligencia y alcance ».

Este programa está de acuerdo con el artículo 4.º, inciso 5.º de la ley de 25 de Noviembre de 1889.

PABLO DE-MARÍA.

Montevideo, Agosto 30 de 1901.

El Consejo de Instrucción Secundaria y Superior, en sesión de esta fecha, sancionó la siguiente resolución:

Á dictamen del señor Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.

DE-MARÍA.
Enrique Azarola,
Secretario.

Honorable Consejo:

El proyecto de reforma del señor Rector se ajusta perfectamente á la disposición del inciso 5.º del artículo 4.º de la ley de 25 de Noviembre de 1889.

El examen general se limitará á las materias esenciales á la profesión á cuyo título aspire el estudiante. Y de conformidad á esa disposición se estableció en el artículo 78 que *el examen teórico durará una hora y versaría sobre las siguientes asignaturas: Derecho Civil, Derecho Comercial y Derecho Penal.*

El examen *práctico* fué bien definido en el inciso 2.º.

La limitación puesta para el examen teórico indica claramente que la redacción del inciso 1.º del artículo 78 se inspiró en el inciso 5.º del artículo 4.º de la ley de 1889.

Eso no obstante, se ha entendido por estudiantes y examinadores

que el *examen general* obliga á una revisión de todo el programa de las tres asignaturas mencionadas.

En esos programas hay una parte general de examen de teorías ó doctrinas y otra parte de legislación ó codificación.

La primera parte tiene un *aspecto científico general:* la segunda un aspecto profesional. La suficiencia del estudiante en la primera parte debe reputarse probada con los exámenes anuales del curso: el propósito primordial de la enseñanza universitaria estaría llenado por este lado. La suficiencia en la segunda parte de los estudios que tienen carácter profesional, si bien se ha acreditado en los exámenes parciales de curso, interesa principalmente para el ejercicio de la profesión y por lo mismo requiere una prueba *especial.*

Además, el examen general *sobre materias codificadas* importa un repaso de las doctrinas ó teorías prevalentes en nuestra legislación, y está por lo mismo en perfecta armonía con ese concepto la reforma que propone el señor Rector. « Las preguntas versarán sobre derecho civil, comercial y penal *codificado,* pudiendo referirse tanto al texto de los Códigos, como á la explicación del mismo texto, *necesaria para fijar su inteligencia y alcance* ».

La reforma viene por otra parte á disminuir el recargo de trabajo intelectual, notoriamente excesivo en el último año de la carrera, que resulta ser el más pesado para el estudiante. Reduciendo el programa de examen *á lo que debe ser legalmente,* se cumple un sano precepto pedagógico.

Opino, pues, que debe aceptarse la modificación propuesta, y con la aprobación ulterior del Poder Ejecutivo incorporarla inmediatamente al Reglamento.

Recordaré que está á estudio de una Comisión especial una reforma que he propuesto sobre el mismo artículo 78 del Reglamento, introduciendo el Derecho Administrativo en el programa de examen general, limitándolo á temas de procedimiento administrativo, y combinando esa modificación con otra en el curso libre de Derecho Administrativo.

Pero como ese asunto corre por separado, aunque tenga conexión con éste, sólo lo menciono para hacer la salvedad de que á su tiempo se tratará ese otro tema, y que la reforma propuesta por el señor Rector, importando, como importa, un necesario y racional alivio de tareas para los estudiantes, facilitará la otra solución, *que tampoco importará un recargo,* limitándola á temas prácticos y de número reducido sobre legislación ó *procedimiento* administrativo.

Tal es mi dictamen salvo el más acertado del Honorable Consejo.

Montevideo, Octubre 12 de 1901.

Carlos M.ª de Pena,
Decano.

Montevideo, Octubre 14 de 1901.

El Consejo de Instrucción Secundaria y Superior, en sesión de esta fecha, sancionó la siguiente resolución:

Apruébase como Programa el proyectado por el señor Rector.

DE-MARÍA.
Enrique Azarola,
Secretario.

Tesis del doctor Salgado

Montevideo, Julio 15 de 1901.

Para el efecto que determina el artículo 85 del Reglamento General (1), nómbrase un tribunal compuesto de los señores catedráticos doctores Pena, Castillo, Freitas, Piñeyro del Campo y Terra.

DE-MARÍA.
Enrique Azarola,
Secretario.

Á los efectos del artículo 85 del Reglamento General y según lo que en el mismo se establece, el Tribunal califica esta tesis de « Notable » por unanimidad.

Montevideo, Septiembre 10 de 1901.

Carlos M.ª de Pena.—D. Terra.—C. Piñeyro del Campo.—S. del Castillo.—José A. de Freitas.

---

(1) Art. 85 Las tesis que en el año sean calificadas de sobresalientes, serán objeto de un curso ante un Tribunal de cinco profesores designados por el Rector.

Habrá dos calificaciones para las tesis que las merecieren: la de « muy notable » y la de « notable ». En cada Facultad sólo podrá calificarse de muy notable á una tesis, y de notable á otra. La tesis que obtuviere la primera calificación será publicada en los ANALES DE LA UNIVERSIDAD, exonerándose á su autor de la cuota de grado. La que obtuviere la segunda calificación, será publicada en el mismo periódico.

En la publicación y en el diploma respectivo, se hará constar la distinción por nota, que firmarán el Rector y el Secretario.

Montevideo, Septiembre 10 de 1901.

Publíquese la tesis del señor Salgado en los ANALES DE LA UNIVERSIDAD con la declaración que precede.

DE-MARÍA.
Enrique Azarola,
Secretario.

Sobre reválida de un título de Escribano

Señor Rector:

El peticionario señor Manuel López de Calatayud, presenta el título de Escribano, expedido por la Universidad de Santa Fe, con una certificación al dorso, de habérsele inscripto antes en la matrícula de Escribanos, por orden de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia de aquella Provincia.

La legalización que trae el título al dorso, se refiere á aquella certificación, pero no vienen legalizadas las firmas puestas en el título al dorso, por las que aparecen como autoridades universitarias de Santa Fe.

Observaré ante todo, que nuestra Universidad, no expide títulos de Escribano. Según el artículo 8.º de la ley de 13 de Julio de 1897, sólo expide *certificado de capacidad,* á los que hayan rendido los exámenes á que se refiere el artículo 6.º.

El artículo 15 de la misma ley, dispone que el aspirante después de haber cumplido *todo lo dispuesto en los artículos anteriores,* se presentará á la Alta Corte de Justicia ó Tribunal que haga sus veces con los recaudos justificativos, *solicitando la investidura de Escribano Público.* Y sigue la tramitación para la expedición del título por la Corte ó Tribunal, prestación de juramento y demás requisitos, para quedar habilitado á ejercer el *oficio.*

La Universidad no es la que expide el título del oficio; no puede, en consecuencia revalidar un título que al ejercicio de ese oficio se refiera.

Por otra parte, el Congreso de Montevideo se ha referido á título ó diploma expedido por la *autoridad nacional competente,*—para ejercer profesiones liberales—y dejando de lado la cuestión de si aun de á pesar de tener el oficio de escribano, caracteres de profesión liberal, tiene también otras que en todas las naciones le diferencian de aquella designación y le incluyen en un orden especial de carreras, dejando eso

de lado, resulta: que el título exhibido no emana de autoridad nacional argentina, sino de autoridad provincial.

Por otra parte, el título provincial para el notariado, está sometido en la Capital federal y en la de la Provincia de Buenos Aires, á reválida con examen, según se ve, en la Resolución de la Excelentísima Cámara de Apelaciones en lo Civil (Capital) de que conoció en Recurso la Corte federal, pronunciando fallo que no hizo lugar al Recurso (Enero 28 de 1887); agregándose á este caso el de López Cabanillas; resuelto por la Excelentísima Cámara de Apelaciones en lo Civil, que admitió la reválida, previo examen, hasta quedar prevalente el Acuerdo de 5 de Octubre de 1892 de la Excelentísima Cámara de Apelaciones de lo Civil: « que en lo sucesivo no revalidará más títulos provinciales, si no á condición de que los interesados, se sometan al examen prescripto por la ley orgánica, y de que justifiquen todos los demás extremos que la misma indica, salvo que el interesado compruebe, que la Provincia que lo haya diplomado requiera las mismas condiciones que la ley de la Capital; pues en tal caso no habría motivo para negar la inscripción del título ». (Véase GONZÁLEZ: *El Notariado Argentino*, edición 1893; págs. 56, 57 y 61).

Mi dictamen es:

Que careciendo de la legalización correspondiente el título universitario que se exhibe y no teniendo la Universidad facultad de revalidar títulos de Escribano público, no puede hacerse lugar á lo que se solicita, y deben devolverse al interesado el diploma y certificado que adjunta, para que ocurra ante quien corresponda.

Si el Consejo considera útil conservar constancia de la reciprocidad á que se refiere el Certificado adjunto, puede tomarse copia de él por Secretaría.

El señor Rector, ó el Honorable Consejo, resolverán en el caso, lo que estimase más acertado.

Montevideo, Diciembre 23 de 1901.

Carlos M.ª de Pena,
Decano.

Montevideo, Diciembre 27 de 1901.

El Consejo de Instrucción Secundaria y Superior, en sesión de esta fecha, sancionó la siguiente resolución:

En todo con el señor Decano dictaminante.

DE-MARÍA.
Enrique Azarola,
Secretario.

Interpretación del artículo 117 del Reglamento General de la Universidad

El artículo 117 del Reglamento General dispone que, tratándose de revalidación de certificados de estudios, debe pagarse cuatro pesos por cada asignatura de secundarios y ocho pesos por cada asignatura de superiores.

Cuando el certificado de estudios no comprende toda una asignatura, sino solamente una parte de ella, ¿cuál es el derecho que debe cobrarse?

Teniendo duda sobre esto, resuelvo: 1.º que informe la Secretaría sobre las resoluciones del Consejo ó del Rector que haya sobre el particular; 2.º que expedido el informe, se eleve al Consejo para la resolución que corresponda.

DE-MARÍA.
Enrique Azarola,
Secretario.

Señor Rector:

La Secretaría, informando, dice: que á pesar de haber inquirido la existencia de algunos antecedentes sobre la interpretación práctica que haya podido darse al artículo 117 del Reglamento General de la Universidad, en los casos propuestos por el señor Rector, no ha encontrado ninguno, inclinándose á presumir que cuando alguno pueda haberse presentado, habrá sido resuelto por una disposición verbal del Rectorado.

Sin embargo, la Secretaría está en posesión de datos que le permiten aseverar que en algunas ocasiones, los derechos por reválidas se han pagado por asignatura completa, y en otras por cursos, pero siempre la misma cantidad por materia completa ó incompleta.

Montevideo, Octubre 24 de 1901.

Enrique Azarola.

Montevideo, Noviembre 22 de 1901.

El Consejo de Instrucción Secundaria y Superior, en sesión de esta fecha, sancionó la siguiente resolución:

Pase á dictamen del señor Decano de la Sección de Enseñanza Secundaria.

DE-MARÍA.
Enrique Azarola,
Secretario.

Montevideo, Diciembre 12 de 1901.

Señor Rector:

La interpretación del artículo 117 del Reglamento, era perfectamente clara antes de la promulgación de los Reglamentos de 1895 y 1897.

Los estudiantes podían entonces rendir en un solo acto examen de una asignatura que comprendiera diversos cursos y abonaban una cuota igual á la de un solo curso.

De esta manera, en una asignatura de dos cursos, el estudiante libre de preparatorios abonaba *cuatro pesos* si la daba en un solo acto, y *ocho pesos* si la rendía por separado.

Considerando en las mismas condiciones á los que presentaban certificados de estudios para ser revalidados, se cobraba por asignatura completa *cuatro pesos* y por parte de ella la misma cuota.

Pero los Reglamentos de 1895 y 1897 dispusieron, por sus artículos 70 y 68, respectivamente, que cuando los estudiantes deban rendir examen de una asignatura que comprenda varios cursos, serán examinados por separado en cada uno de ellos.

Por consiguiente, los estudiantes libres que deban someterse á la prueba de una asignatura que abrace dos cursos, no abonan como antes una sola cuota de *cuatro pesos* y sí dos cuotas de *cuatro pesos*.

Esta modificación debió haberse tenido presente al reproducir el artículo 117; no se hizo así, y la Tesorería sigue el antiguo sistema, sin igualar las condiciones de los que hacen estudios en el extranjero con los estudiantes de la Universidad.

Si bien el artículo 117 dice asignaturas y no cursos, no es esto mayor dificultad para interpretarlo de otra manera de como se ha hecho hasta ahora; nuestro Reglamento emplea indistintamente en algunos de sus artículos las palabras materias, asignaturas y cursos.

En resumen, señor Rector, opino que en la revalidación de certificados de estudios, debe exigirse á los interesados paguen en Tesorería *cuatro* ú *ocho psos*, según se trate de estudios secundarios ó superiores, repetida tantas veces la cuota como cursos comprenda la materia, y si fueran cursos parciales los revalidados, una cuota igual por cada uno de ellos.

El H. Consejo resolverá con más acierto.
Saludo á V. S. atentamente.

Claudio Williman.

Montevideo, Diciembre 12 de 1901.

Elévese al Consejo.

De-María.
Enrique Azarola,
Secretario.

Montevideo, Diciembre 27 de 1901.

El Consejo de Instrucción Secundaria y Supuerior, en sesión de esta fecha, sancionó la siguiente resolución:

Téngase por resolución el precedente dictamen del señor Decano de la Sección de Enseñanza Secundaria.

De-María.
Enrique Azarola,
Secretario.

Montevideo, Enero 13 de 1902.

Tome nota la Tesorería, publíquese y archívese.

De-María.
Enrique Azarola,
Secretario.

Montevideo, Enero 13 de 1902.

Tomé nota.

Francisco Pisano,
P. S. T.

Reglamentación del procedimiento para la provisión de Cátedras en propiedad, por nombramiento directo, sancionada por el Consejo de Instrucción Secundaria y Superior, en sesión de 27 de Septiembre de 1901.

Para el nombramiento directo de Catedráticos en propiedad se procederá en la forma siguiente:

Primero: El miembro ó grupo de miembros del Consejo que proponga la provisión de la Cátedra por nombramiento directo, lo hará por escrito, indicando el nombre del candidato, con expresión de los títulos, trabajos y méritos del mismo. Se podrá indicar un solo candidato ó varios.

Hecha la proposición en forma y si ella no emana del Decano de la respectiva Facultad, pasará á dictamen de dicho funcionario. Producido el dictamen ó sin él, cuando no sea necesario, según lo que queda dispuesto, el Rector convocará *expresamente* al Consejo para ocuparse de la referida proposición.

Segundo: Para que quede resuelto que la Cátedra será provista en propiedad por nombramiento directo, se necesitará el voto afirmativo de las dos terceras partes de los miembros presentes, por lo menos.

Tercero: Resuelto que la Cátedra se proveerá en propiedad por nombramiento directo se convocará al Consejo para otra sesión á fin de proceder á ese nombramiento debiendo expresarse en la convocatoria el nombre del candidato ó de los candidatos.

Cuarto: La votación en esa sesión será por sí ó por no y no podrá recaer sino sobre el candidato ó candidatos propuestos é indicados en la convocatoria.

Quinto: En el caso de no obtener las dos terceras partes de votos ninguno de los candidatos á la Cátedra, se podrá proponer otro ú otros, pero observándose de nuevo el procedimiento que queda indicado en los precedentes incisos.

Montevideo, Septiembre 30 de 1901.

Azarola,
Secretario General.

Reglamentación del procedimiento á seguirse en los casos de aplicación de la ley de 19 de Julio de 1901, sancionada por el Consejo de Instrucción Secundaria y Superior, en sesión de 25 de Octubre del mismo año.

1.º El profesor que solicite la acumulación de sueldos, lo hará por escrito indicando sus títulos, trabajos y méritos y las demás razones en que se funde.

2.º Para que el Consejo pueda ocuparse del asunto será preciso que éste figure expresamente y con indicación del nombre del profesor, en la orden del día indicada en las citaciones repartidas.

3.º La votación será secreta y se practicará por medio de bolillas

blancas y negras, significando las primeras afirmativa y las segunda negativa.

4.° Para que la acumulación de sueldos tenga lugar se necesitará por lo mènos las dos terceras partes de miembros presentes.

5.° En el caso de nombrarse un nuevo profesor la acumulación de sueldos podrá ser decretada de oficio, observándose para el efecto las presentes reglas de procedimiento, con la diferencia de que la exposición escrita de motivos á que se refiere la primera de ellas, será hecha por el miembro ó grupo de miembros del Consejo que proponga dicha acumulación.

Montevideo, Octubre 30 de 1901.

Azarola,
Secretario General.

Secretaría de la Universidad.

Llámase á concurso para proveer por oposición la regencia en propiedad de una de las Aulas de Anatomía en la Facultad de Medicina.

Las solicitudes de los señores aspirantes se recibirán en esta Secretaría hasta el 21 de Abril del año próximo entrante.

Las bases del concurso se hallan á disposición de los interesados en conocerlas.

Montevideo, Diciembre 21 de 1901

Azarola,
Secretario General.

Secretaría de la Universidad.

Llámase á concurso para proveer por oposición la regencia en propiedad del aula de Obstetricia y Ginecología de la Facultad de Medicina Las solicitudes de los señores aspirantes se recibirán en esta Secretaría hasta el 1.° de Junio del corriente año.

Montevideo, Enero 29 de 1902.

Azarola,
Secretario General.

Secretaría de la Universidad.

El Consejo de Instrucción Secundaria y Superior ha sancionado la siguiente resolución:

Los estudiantes que se han matriculado en primer año de Medicina, ó ramos anexos, deberán cambiar sus matrículas á fin de que queden ajustados al nuevo Plan de Estudios.

Montevideo, Febrero 20 de 1902.

Azarola,
Secretario General.

Secretaría de la Universidad.

El Consejo de Instrucción Secundaria y Superior ha sancionado el siguiente

PROYECTO DE RESOLUCIÓN

Mientras la clínica Odontológica no posea local y materiales suficientes para la instalación de un laboratorio de Protesis dentaria, los estudiantes que estudian Odontología en la Facultad de Medicina deberán efectuar la Práctica de Laboratorio y la Práctica de Protesis que figuran en el Plan de Estudios, en el Consultorio de un Dentista legalmente autorizado para ejercer la profesión. Dichas prácticas deberán justificarse por medio de certificados que presentarán los interesados á la Secretaría de la Facultad de Medicina, cada dos meses, sin perjuicio del examen que deberán prestar á fin de año los que hayan cumplido esta condicion.

Montevideo, Febrero 28 de 1902.

Azarola,
Secretario General.

Secretaría de la Universidad.

El Consejo de Instrucción Secundaria y Superior ha sancionado la siguiente resolución:

1.º Los estudiantes de Medicina y ramos anexos que deseen acogerse al nuevo Plan de Estudios y á quienes falte una ó dos asignaturas para completar cualesquiera de los años ó grupos de exámenes que ese Plan comprende, podrán acumularlas con las del curso ó grupo de exámenes siguientes, siempre que de esta combinación no resulte disminuída la duración de la carrera.

2.º Acuérdase un plazo improrrogable de *diez dias,* á contar desde

el 1.º de Marzo, para que dentro de él presenten los estudiantes al Decano sus pedidos sobre cambio de planes de estudios.

3.º Las nuevas inscripciones ó anulaciones de matrículas á que haya lugar por razón de estos cambios, serán autorizadas por el Decano, dejándose constancia escrita en el respectivo expediente.

Montevideo, Febrero 28 de 1902.

Azarola,
Secretario General.

Secretaría de la Universidad.

El Consejo de Instrucción Secundaria y Superior ha sancionado la siguiente resolución:

Declárase: 1.º que según las disposiciones universitarias no debe permitirse á los estudiantes libres de Contabilidad, que por primera vez solicitan examen, que se presenten á rendirlo en el período extraordinario de Mayo; 2.º que á los que hubiesen rendido en Mayo último el examen de todo el primer año, no debe admitírseles en Mayo próximo á examen extraordinario, pues no tienen período que completar.

Montevideo, Marzo 7 de 1902.

Azarola,
Secretario General.

Secretaría de la Universidad.

Llámase á concurso para proveer por oposición la regencia de la Cátedra de Patología General en la Facultad de Medicina.

Las solicitudes de los señores aspirantes se recibirán en esta Secretaría hasta el 8 de Septiembre del corriente año.

Las bases de la oposición se hallan á disposición de los interesados en esta Secretaría.

Montevideo, Marzo 8 de 1902.

Azarola,
Secretario General.

Secretaría de la Universidad.

Llámase á concurso para proveer por oposición la Cátedra de Análisis Químico en la Sección de Farmacia de la Facultad de Medicina.

Las solicitudes de los señores aspirantes se recibirán en esta Secretaría hasta el 1.º de Agosto del corriente año.

Las bases de la oposición se encuentran á disposición de los interesados en conocerlas.

Montevideo, Marzo 8 de 1902.

Azarola,
Secretario General.

Secretaría de la Universidad.

Llámase á concurso para proveer por oposición la Cátedra de Geometría y Trigonometría en la Sección de Enseñanza Secundaria.

Las solicitudes de los señores aspirantes se recibirán en esta Secretaría hasta el 31 de Enero del año próximo venidero.

Las bases del concurso se hallan á disposición de los interesados en conocerlas.

El Profesor de la asignatura mencionada tendrá la obligación de dictar el curso de Revisión y Ampliación de Matemáticas elementales.

Montevideo, Marzo 16 de 1902.

Azarola,
Secretario General.

Secretaría de la Universidad.

El Consejo de Instrucción Secundaria y Superior en sesión de 14 del corriente, sancionó las siguientes resoluciones:

1.ª Los cursos ganados en la Facultad de Medicina, antes de la sanción del nuevo Plan de Estudios, se declaran válidos para el ingreso á ese Plan.

2.ª Se declara que *por este año* serán válidas las matrículas condicionales obtenidas de acuerdo con la antigua reglamentación, y que tendrán lugar los exámenes extraordinarios en Mayo y en los primeros días de Noviembre, como lo establece el artículo 50 del Reglamento General.

Montevideo, Marzo 16 de 1902

Azarola,
Secretario General.

Secretaría de la Universidad.

Llámase á concurso para proveer por oposición la Cátedra de Literatura en la Sección de Enseñanza Secundaria.

Las solicitudes de los señores aspirantes se recibirán en esta Secretaría hasta el 15 de Julio del corriente año.

Las bases del concurso se hallan á disposición de las personas interesadas en conocerlas.

Montevideo, Marzo 16 de 1902.

Azarola,
Secretario General.

Tarifas por Análisis bacteriológicos

Montevideo, Noviembre 18 de 1901.

Señor Rector:

En cumplimiento de la resolución que antecede proponemos á V. S. la tarifa siguiente:

Por la investigación de cualquier microbio patógeno mediante el examen directo ó la cultura	$	5.00
Ídem que requiera experiencia en animales.	«	10.00
Sero-reacción.	»	5.00
Cultura de B. tífico	»	5.00

MEDIOS DE CULTURA

Medios comunes de cultura (caldo, gelatina, agar, papas) por diez ó más tubos . . . . c/u	«	0.10
Suero y otros medios especiales por cinco ó más tubos c/u	»	0.20
Suero para las Farmacias . . . . c/u	»	0.15
Suero líquido, simple ó glicerinado por 100 c. c.	»	1.00
Caldo, gelatina, agar, 200 c. c.	»	0.60
Ídem, 500 c. c	»	1.00
Caldo, gelatina, agar, 1 litro	»	1.50

F. Solari.—J. Scoseria.

Montevideo, Diciembre 4 de 1901.

Apruébase la precedente tarifa formulada por el señor Decano de la Facultad de Medicina y el señor Director del Instituto de Higiene. —Comuníquese y archívese.

DE-MARÍA.
Enrique Azarola.
Secretario.